

# HOF VAN BEROEP TE GENT (TUSSENARREST)

18 april 2012 - 12de Kamer  
Voorzitter : A. Van de Putte  
Raadsheren : G. Danneels en L. Billiet  
Advocaten : F. Burssens en I. Claus

1. NV - KAPITAALVERHOGING - BUSINESS PLAN -  
BEDROG VANWEGE DE BESTUURDERS - DWALING  
IN HOOFDE VAN AANDEELHOUDERS - VORDE-  
RING TOT NIETIGVERKLARING TEGEN DE NV

2. NV - ALARMBELPROCEDURE - OVERLEGGING  
VAN DOCUMENTEN

*1. Een business plan dat geen misleidende bepalingen bevat, doch integendeel de aandeelhouder die inschrijft op de kapitaalverhoging voorzichtig en correct inlicht omtrent de eigenschappen van het voorgestelde product, maakt geen bedrog noch dwaling uit wanneer de beoogde resultaten niet worden bereikt.*

*2. In het kader van het onderzoek naar de naleving van de alarmbelprocedure wordt de overlegging bevolen van een aantal documenten, waaronder de verslagen van de raad van bestuur en de jaarrekeningen.*

---

D.G. en NV Wirewood Benelux France t./ NV All Inventive Products International en V.

---

[...]

## I. ANTECEDENTEN

1. AIP, met V. als gedelegeerd bestuurder, werd in 1998 opgericht met de bedoeling een nieuw premium “Crilo”, uitgedacht door V. te ontwikkelen en te commercialiseren. Het betreft een verborgen verleider, die gratis meegegeven wordt bij de verkoop van een product met als doel dit product meer bekendheid te geven en beter te doen verkopen. De “Crilo” in kwestie is een gedeeltelijk transparant en bedrukt kunststoffen kaartje dat, door het op elkaar leggen ervan in een welbepaalde volgorde in een daartoe bestemde houder, een vooropgesteld beeld vormt.

Tussen 1998 en 2001 werkte V. aan de ontwikkeling van het product en zorgde hij voor de nodige nationale en internationale octrooi- en merkenbescherming [...].

Aangezien het beginkapitaal van AIP in 2002 praktisch volledig was opgeslorpt door de ontwikkelingskosten, deed zich de noodzaak van een herkapitalisatie voor. Teneinde private investeerders aan te trekken werd een Business Plan opgesteld waarin een nieuwe kapitaalinbreng van 750.000,00 EUR (bruto) werd vooropgesteld (of 705.000,00 EUR na afhouding

van de inbrengkosten) in een verhouding van 30.000,00 EUR kapitaal, vertegenwoordigd door 300 aandelen van het type B, en 675.000,00 EUR uitgiftepremie, wat overeenstemde met een inbreng van 2.350,00 EUR per aandeel. Er werd hierin eveneens voorzien dat de marketingfase zou aflopen in 2003 met een onmiddellijke opstart van de commerciële fase en een exit in 2005, waarbij de vennootschap zou worden vereffend en de nieuwe aandeelhouders zouden kunnen rekenen op een return van 40.973,97 EUR per aandeel.

Er werd uitgegaan van een totale verkoop van 5 miljard stuks wereldwijd en een netto winst van in totaal 58.401.090,00 EUR.

In de inleiding van het Business Plan wordt vermeld dat het plan werd besproken met Deloitte & Touche en er geen fundamentele opmerkingen waren naar voren gekomen en de inleiding sluit af als volgt : “De vooruitzichten zijn naar onze mening gebaseerd op voorzichtige basis-veronderstellingen. Desalniettemin kan geen garantie geboden worden dat de vooropgestelde doelstellingen effectief zullen gemaakt worden.”

Op 18 maart 2002 tekende D.G. in op de door AIP doorgevoerde kapitaalsverhoging en dit voor een bedrag van 129.000,00 EUR (55 aandelen aan 2.350,00 EUR per stuk). Hij was hiermee niet de enige externe investeerder. Ook andere personen deden een niet onbelangrijke kapitaalsinbreng, zoals mag blijken uit de door D.G. en WBF overgelegde stukken [...].

Op 24/9/2002 richtte V. een e-mail aan D.G. waarin hij meedeelde dat het project “Olympic Crilo” op 22 en 23 september was voorgesteld aan de directie van het I.O.C. te Lausanne en dat dit project positief was onthaald met als resultaat (1) een toelating om namens het I.O.C. het project aan de hoofdsponsors (en aan alle andere niet-concurrerende firma's) te presenteren, (2) een toelating om Crilo-magazines voor te stellen, (3) een toelating om het I.O.C.-logo en -vlag te gebruiken, (4) een medewerking om documentatie (foto's ed.) van het I.O.C. bijeen te brengen in de ruimst mogelijke betekenis.

Op 23/5/2002 was reeds een tussentijds verslag overgemaakt omtrent de gehouden meetings i.v.m. de voorstelling van het Crilo-product en een geplande voorstelling van het concept aan de aandeelhouders.

Op 29 november 2002 kwam er een overeenkomst tot stand tussen D.G. en V., waarbij V. 165 aandelen van AIP verkocht aan D.G. voor een bedrag van 387.750,00 EUR, hetzij (opnieuw) 2.350,00 EUR per aandeel. Deze aandelen zouden vervolgens door D.G. voor hetzelfde bedrag van 387.750,00 EUR worden doorverkocht aan zijn vennootschap WBF op 31 maart 2004. Met betrekking tot deze doorverkoop wordt enkel een overzicht van de aandelenportefeuille van WBF voorgelegd [...], waaruit blijkt dat WBF sinds 31/3/2004 (inderdaad) eigenaar is van 165 aandelen in AIP voor een totale waarde van 387.750,00 EUR.

Er ligt geen brief- of mailverkeer tussen partijen voor sedert de verkoop van 29/11/2002, totdat V. vanwege de raadsman van D.G. en WBF een aangetekende brief gedateerd op 12/2/2007 ontving met o.m. volgende inhoud :

*"[...]*

*Clënten kochten deze aandelen op basis van Uw business plan van 2002 en Uw bijgaande verklaringen omtrent de voorziene evolutie van de genoemde vennootschap en het product CRILO dat zij op de markt zou brengen.*

*Volgens het business plan zou medio 2003 de marketing fase beëindigd worden, en zou de commerciële fase ingaan. Bij de aanvang daarvan zouden "quasi onmiddellijk" inkomsten gegenereerd worden.*

*Tijdens de marketingfase zou het product enthousiast zijn onthaald, en twee Amerikaanse marketing-bureaus hadden zich bereidt verklaard het product te commercialiseren. Het product zou een rage worden en het einde van de economische cyclus zou er komen in 2005, na een verwachte (pessimistisch ingeschatte) verkoop van vijf miljard exemplaren in de wereld en een nettowinst van 58.401.090 EUR.*

*Op beden blijkt dat dit verhaald (sic) totaal niet realistisch was. Uit de jaarrekeningen van de voorbije jaren blijkt dat er zo goed als geen omzet werd gerealiseerd. Jaar na jaar werd, in plaats van de grote vooraf gespeelde winsten, steeds verlies geboekt en het eigen vermogen, dat was opgekrikt na de kapitaalsverhoging van 2002, smeltte en smelt nog steeds weg.*

*U zal begrijpen dat cliënten zich bedrogen voelen met deze gang van zaken".*

Vooraleer definitief standpunt in te nemen, verzocht de raadsman van D.G. en WBF in voormeld schrijven om een omstandig antwoord op vragen i.v.m. de realisaties en toekomstperspectieven van het Crilo-project binnen afzienbare termijn.

V. beantwoordde dit schrijven op 19/2/2007 met de mededeling dat hij op de vraagstelling niet direct kon ingaan "als gevolg van de tijdsbesteding aan het huidige project" maar dat hij binnen afzienbare tijd op het schrijven zou terugkomen. Hij deed dit ook en wel met een aangetekende brief dd. 28/3/2007 aan de raadsman van D.G. en WBF, waarin hij het volgende antwoordde :

*"In Uw schrijven van 12.02 ll. verzoekt U mij om antwoord te verschaffen op een hele reeks vragen omtrent het CRILO-product en de realisaties/toekomstperspectieven van de vennootschap. Naar ik dacht echter, dienen de jaarlijkse algemene vergaderingen voor aandeelhouders nu net voor het beantwoorden van allerlei vragen over het afgelopen werkjaar. U zult mij corrigeren zo dit niet zo is. Bij mijn weten zijn Uw cliënten hierop nooit aanwezig geweest (noch bij de aanvang van de voorstelling, noch bij het verdere verloop), zodat zij volgens mij dan ook slecht geplaatst zijn om beden zo uit de hoek te komen.*

*Uit Uw schrijven blijkt eveneens dat Uw cliënten zich bedrogen en misleid voelen en dat er in het verleden bewust totaal verkeerde informatie zou zijn verschaft. Deze woorden komen bij mij heel zwaar aan. Temeer ik elke dag met de vennootschap en het welslagen van*

*realisaties begaan ben. Dit blijkt eveneens duidelijk uit de verslagen van de opeenvolgende jaarlijkse algemene vergaderingen. Andermaal nodig ik Uw cliënten hier vriendelijk op uit, zodat zij in de toekomst met kennis van zaken kunnen oordelen. Ik ontken in ieder geval enige daad te hebben begaan die mij kan worden ten laste gelegd, integendeel. Zoals in elk business plan werden vooruitzichten geschetst, zonder garantie".*

Dit resulteerde in een aangetekend antwoordschrijven dd. 15/5/2007 waarin de raadsman van D.G. en WBF vaststelde dat (1) V. "andermaal" weigerde om de gevraagde informatie te verstrekken, waardoor hij de onderzoeks- en controlebevoegdheid van de vennoot miskende en (2) het vorig schrijven de bevestiging inhield van het vermoeden dat het business plan "alles behalve werkelijkheid" geworden was en er zelfs geen reële activiteit werd uitgeoefend binnen de vennootschap in het kader van de ontwikkeling van het Crilo-product zoals voorgespiegeld in het business plan, (3) zijn cliënten "overduidelijk" waren misleid. Een en ander leidde hij af uit de jaarrekening van AIP waaruit bleek dat er quasi uitsluitend kosten werden gemaakt "die jaar na jaar het kapitaal verder opsouperen".

In ditzelfde schrijven werd de onmiddellijke terugbetaling gevorderd van alle sommen geïnvesteerd in AIP enerzijds door intekening op de kapitaalsverhoging (voor de prijs van 129.000,00 EUR), anderzijds door de aankoop van aandelen (voor de prijs van "387.000,00" EUR), te vermeerderen met de vergoedende intresten aan de wettelijke rentevoet vanaf de respectieve data van intekening en aankoop, berekend op respectievelijk 45.659,13 EUR en 121.719,00 EUR. Bij gebrek aan terugbetaling binnen de 5 dagen op de derdenrekening van de raadsman van D.G. en WBF zou een procedure worden opgestart "in nietigheid of ontbinding van de overeenkomsten, bestuurdersaansprakelijkheid, en vergoeding van alle daardoor gecreëerde schade in hoofde van cliënten". Er werd eveneens voorbehoud gemaakt voor het formuleren van een strafklacht wegens oplichting en bedrog - klacht die trouwens (althans tot op heden) niet werd ingediend - en er werd gevraagd mee te delen wanneer de eerstvolgende jaarvergadering zou plaatsvinden alsook de voorziene agenda en een ontwerp van jaarrekening op te sturen.

Per aangetekend schrijven van 16/5/2007 aan de raadsman van D.G. en WBF weerlegde V. de aantijgingen uit de brief van 15/5/2007 er op wijzende dat er nooit sprake is geweest van het achterhouden of weigeren van welkdanige informatie ook, dat er wel degelijk jaarlijks een algemene vergadering gehouden werd, dat de individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid van elk der vennoten niet van toepassing was gezien er jaarlijks een commissaris optreedt, en dat, als er al sprake kon zijn van niet gerealiseerde resultaten, dit louter te wijten was "aan externe factoren en overmacht" en niet met een (beweerd) slecht, incorrect, bedrieglijk of misleidend beheer. Voor de goede orde deelde V. de datum van de komende algemene vergadering (zaterdag 19 mei 2007) mee en voegde hij hierbij de voorziene agenda

en een ontwerp van jaarrekening 2006. Wel wees hij er op dat deze gegevens ook waren gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

D.G. en WBF hadden kennelijk hun vertrouwen in V. en AIP verloren en gingen tot dagvaarding over.

**2.** Bij exploten betekend op 22/5/2007 (aan V.) en 25/5/2007 (aan AIP) vorderden D.G. en WBF :

- de inschrijving op de kapitaalsverhoging van AIP, verricht door D.G., nietig te verklaren wegens bedrog, minstens dwaling en AIP en V. hoofdelijk te veroordelen tot terugbetaling van het integrale inschrijvingsbedrag van 129.000,00 EUR aan D.G.,
- de koopverkoop van de 165 aandelen, achtereenvolgens aangegaan tussen V. en D.G. en tussen D.G. en WBF, eveneens nietig te verklaren wegens bedrog, minstens dwaling en AIP en V. hoofdelijk te veroordelen tot terugbetaling van de integrale koopsom van 387.000,00 EUR aan WBF,
- minstens de beide overeenkomsten te ontbinden ten laste van respectievelijk AIP en V.,
- AIP en V. hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan D.G. van een schadevergoeding in de vorm van een vergoedende interest van 10 % per jaar op het bedrag van 129.000,00 EUR, te rekenen vanaf 18/3/2002 tot en met de dag der algehele terugbetaling,
- AIP en V. hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan WBF van een schadevergoeding in de vorm van een vergoedende interest van 10 % per jaar op het bedrag van 387.000,00 EUR, te rekenen vanaf 29/11/2002 tot en met de dag der algehele terugbetaling,
- te zeggen voor recht dat interesten gekapitaliseerd worden vanaf de dag dat zij verschuldigd zijn (respectievelijk vanaf 18/3/2002 en 29/11/2002) tot de dag der integrale betaling,
- ondergeschikt AIP en V. hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de schade veroorzaakt aan D.G. en WBF ten gevolge van de in de dagvaarding genoemde wanprestaties, provisioneel begroot op 1,00 EUR, som verder te begroten in de loop van het geding,
- AIP en V. hoofdelijk te veroordelen tot de erelonen en de kosten van de raadsman van verzoekers, provisioneel begroot op 1,00 EUR en definitief te begroten in de loop van het geding,
- AIP en V. hoofdelijk te veroordelen tot de kosten van het geding.

Grosso modo verweten D.G. en WBF aan AIP en V. wetens en willens in het business plan een beeld te hebben opgehangen waarvan zij wisten of dienden te weten dat het onmogelijk realiseerbaar was en het dan ook onmogelijk de daaruit voortvloeiende verwachtingen van potentiële investeerders (zoals zichzelf) zou kunnen inlossen. Zij verweten V., die als oprichter-aandeelhouder en bestuurder instond voor het uitwerken van het business plan, opzettelijk de investeerders te hebben misleid met het doel zichzelf te verrijken, aangezien hij als enige inkomsten uit de werking van de vennootschap zou hebben ontvangen en de investeerders (zoals zichzelf) geen enkele return mochten ontvangen. Het opzettelijk ophangen van het onwaarachtig positief beeld ten aanzien van de investeerders (waaronder zichzelf) teneinde hen tot respectievelijk inschrij-

ving en aankoop te bewegen, bestempelen D.G. en WBF als bedrog, minstens als dwaling die verschoonbaar is nu zij niet (voldoende) vertrouwd waren met het crilo-product waarmee V. en AIP bezig waren. Met betrekking tot de contractuele wanprestaties, aan de basis van de vordering tot ontbinding, verwezen zij naar de artikelen 5 en 6 van de overeenkomst van 29/11/2002 en de hierin door V. opgenomen waarborgen en garanties ten aanzien van de koper.

Voorts verweten zij V. bestuurdersaansprakelijkheid wegens herhaalde bestuursfouten in de zin van schendingen van de algemene zorgvuldigheidsnorm en overtredingen van de vennootschaps- en boekhoudwetgeving, waarvoor hijzelf én AIP hoofdelijk verantwoordelijk zijn op grond van artikel 528 W.Venn., reden waarom zij ook hoofdelijk moeten veroordeeld worden tot betaling van een schadevergoeding provisioneel begroot op 1,00 EUR.

De gevorderde hoofdelijkheid putten D.G. en WBF uit het gegeven dat V. telkenmale is opgetreden als orgaan van AIP derwijze dat hij, naast de rechtspersoon, aansprakelijk is voor de buitencontractuele fouten begaan in de uitvoering van zijn mandaat.

In hun conclusies neergelegd op 20/9/2007 vorderden D.G. en WBF minstens, alvorens recht te doen, de overlegging van diverse documenten, waarop door AIP en V. gedeeltelijk werd ingegaan.

**3.** AIP en V. besloten tot de ongegrondheid van de hoofdvordering en formuleerden in hun besluiten neergelegd op 20/7/2007 een tegenvordering ertoe strekkende D.G. en WBF solidair, in solidum, minstens de ene bij gebreke van de andere, te veroordelen tot betaling van een vergoeding van 1.250,00 EUR aan elk wegens tergend en roekeloos geding, minstens als morele schadevergoeding.

Zij argumenteerden dat zij nooit een té positief beeld hebben opgehangen, doch zich gespiegeld hebben aan de hype die destijds de flippo heeft teweeg gebracht in het licht waarvan hun verwachtingen eerder pessimistisch waren. Zij gaven toe dat zij niet het gewenste resultaat hadden bereikt, maar wezen er op dat zij dit in het business plan ook nooit gegarandeerd hadden. Zij weerlegden iedere vorm van bedrog in hun hoofd en stelden dat het mislukken van het project te wijten was aan onvoorzienbare wendingen in de eindfase van de besprekingen met potentiële klanten. Volgens hen kan er evenmin sprake zijn van dwaling in hoofd van D.G. en WBF die immers wisten - of minstens moesten weten - dat hun investeringen risicodragend waren. Zij betwistten bestuurdersfouten te hebben begaan en zij benadrukten dat zij al het nodige hebben gedaan om het project te doen slagen, zoals, zoals in het business plan ook vooropgesteld, het inrichten van een bedrijvencentrum, het beroep op externe professionals, het organiseren van [dagelijkse] meetings, wekelijkse vergaderingen en jaarlijkse statutaire algemene vergaderingen. V. betwistte tenslotte de beweringen van zelfverrijking er op wijzende dat hij zichzelf geen inkomsten uit de vennootschap had toegekend zolang geen verkoop werd gerealiseerd.



4. De eerste rechter verklaarde de vordering en de tegenvordering toelaatbaar, maar ongegrond en hij veroordeelde D.G. en WBF tot de kosten van het geding, waaronder een rechtsplegingsvergoeding van 10.000,00 EUR voor AIP en V. samen.

Hij wees zowel het bedrog als de dwaling als wilsgebreken af overwegende dat (1) de investering die D.G. deed een risico-investering was zonder enige zekerheid van rendement of kapitaalsbehoud en hij dit ook terdege wist of minstens moest weten, (2) de prognoses in het business plan duidelijk voorwaardelijk werden geformuleerd, (3) D.G. en WBF niet aantoonde dat AIP en V. op het ogenblik van het afsluiten van de overeenkomsten met D.G. een onwaarschijnlijk beeld hadden opgehangen van de toekomst van het bedrijf en de commercialisering van het product en dat de verwachtingen, weergegeven in het business plan van 2002, overeenstemden met de tot dan toe aan AIP en V. gekende en beschikbare gegevens.

Hij wees de gevorderde ontbinding van de overeenkomsten af overwegende dat (1) de groei- en winstprognose van de vennootschap op het ogenblik van het afsluiten van de overeenkomst van 29/11/2002 niet onrealistisch was, derwijze dat de in artikel 5 gegeven waarborg niet geschonden werd, (2) de vrijwaringsverbintenis, zoals opgenomen in artikel 6 van deze overeenkomst, evenmin van toepassing was, aangezien V. aan D.G. geen onjuiste of onvolledige informatie had verstrekt bij het afsluiten van de overeenkomst.

De vordering wegens tergend en roekeloos geding wees de eerste rechter eveneens af overwegende dat niet bleek dat de vordering lichtzinnig of te kwader trouw werd ingesteld en er uit de voorliggende stukken volgt dat er minstens een communicatiestoornis tussen partijen was geweest waardoor D.G. en WBF onvoldoende antwoorden vonden in de brieven van AIP en V. na de ingebrekestelling.

5. D.G. en WBF voelden zich gegriefd en tekenden hoger beroep aan. In hun *“derde en syntheseconclusie”* neergelegd op 30/9/2011 na de beschikking van 9/3/2011 overeenkomstig artikel 748, § 2 Ger.W., vorderen zij uiteindelijk als volgt :

#### 5.1. ten gronde :

- de inschrijving op de kapitaalsverhoging van AIP verricht door D.G. retroactief nietig te verklaren wegens bedrog, minstens dwaling en AIP en V. hoofdelijk, minstens in solidum, te veroordelen tot terugbetaling van het integrale inschrijvingsbedrag van 129.250,00 EUR aan D.G., meer de vergoedende intresten vanaf 18/3/2002 tot op de dag van de dagvaarding en vanaf dan de gerechtelijke intresten tot op de dag van de algehele betaling,
- de koopverkoop van de 165 aandelen, achtereenvolgens aangegaan tussen V. en D.G. en tussen D.G. en WBF, retroactief nietig te verklaren wegens bedrog, minstens dwaling en AIP en V. hoofdelijk, minstens in solidum, te veroordelen tot terugbetaling van de integrale koopsom van 387.750,00 EUR aan WBF (minstens aan D.G.), meer de vergoeden-

de intresten vanaf 29/11/2002 tot op de datum van de dagvaarding en vanaf dan de gerechtelijke intresten tot op de dag van de algehele betaling.

- minstens de beide overeenkomsten, d.i. de vennootschapsovereenkomst dd. 18/3/2002 en de verkoopovereenkomst dd. 29/11/2002 te ontbinden lastens AIP en V. en hen hoofdelijk, minstens in solidum, te veroordelen tot terugbetaling van zowel het integrale inschrijvingsbedrag van 129.250,00 EUR, meer de vergoedende intresten vanaf 18/3/2002 en de gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding, als de integrale koopsom van 387.750,00 EUR, meer de vergoedende intresten vanaf 29/11/2002 en de gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding, een en ander tot de dag der algehele betaling,
- in ondergeschikte orde, V. op basis van de bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm en overtreding van het Wetboek van vennootschappen en de boekhoudwetgeving, te veroordelen tot terugbetaling van zowel het integrale inschrijvingsbedrag van 129.950,00 EUR, meer de vergoedende intresten vanaf 18/3/2002 en de gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding, als de integrale koopsom van 387.750,00 EUR, meer de vergoedende intresten vanaf 29/11/2002 en de gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding, een en ander tot de dag der algehele betaling, alsook AIP, samen met V., hoofdelijk, minstens in solidum, mee te veroordelen tot betaling van deze bedragen,
- in nog meer ondergeschikte orde, V. wegens inbreuk op de contractuele garantiebepaling van artikel 5, 10° van de overeenkomst van 29/11/2002 en op grond van de vrijwaringsverbintenis in artikel 6 van deze overeenkomst, te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding aan WBF van 387.750,00 EUR, meer de vergoedende intresten vanaf 29/11/2002 en de gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding tot de dag der algehele betaling, alsook AIP, samen met V., hoofdelijk, minstens in solidum, mee te veroordelen tot betaling van dit bedrag,
- AIP en V. hoofdelijk, minstens in solidum, te veroordelen tot betaling aan D.G. van een schadevergoeding in de vorm van een vergoedende intrest van 10 % per jaar op het bedrag van 129.250,00 EUR, te rekenen vanaf 18/3/2002 tot op de datum van dagvaarding en vanaf dan meer de gerechtelijke intresten aan dezelfde rentevoet tot op de dag van de algehele betaling,
- AIP en V. hoofdelijk, minstens in solidum, te veroordelen tot betaling aan WBF van een schadevergoeding in de vorm van een vergoedende intrest van 10 % per jaar op het bedrag van 387.750,00 EUR, te rekenen vanaf 29/11/2002 tot op de datum van dagvaarding en vanaf dan meer de gerechtelijke intresten aan dezelfde rentevoet tot op de dag van de algehele betaling,
- te zeggen voor recht dat de intresten worden gekapitaliseerd vanaf de dag dat zij verschuldigd zijn, respectievelijk vanaf 18/3/2002 en 29/11/2002 tot de dag der integrale betaling,
- AIP en V. hoofdelijk te veroordelen tot de gedingkosten van beide aanleggen, waaronder een rechtsplegingsvergoeding van 10.000,00 EUR per aanleg.

## 5.2. vooraleer recht te doen, en voor zover het hof niet overtuigd mocht zijn van de gegrondheid van de vorderingen van appellanten,

- bij wijze van tussenmaatregel toelating te verlenen overeenkomstig art. 916 Ger.W. dat door getuigenverhoor van Deloitte en Touche zou bevestigd worden of zij al dan niet het business plan opgesteld heeft en *“naderhand nog eens volledig op juistheid gecontroleerd en goedgekeurd heeft”* en *“de waarde van de aandelen en de beslissing om tot 2 kapitaalsverhogingen over te gaan”* door Deloitte en Touche genomen werd (zoals door AIP en V. wordt beweerd),
- AIP en V. te veroordelen, en dit bij uitbreiding van de vordering krachtens artikel 807 Ger.W., tot overlegging van de volgende documenten :
- de verslagen van de Raad van Bestuur van AIP van 2007, 2008 en 2009,
- de verslagen van de commissaris-revisor van AIP voor de jaren 2002, 2007 en 2008,
- de jaarverslagen van de Algemene Vergaderingen alsook van de Buitengewone en Bijzondere Algemene Vergaderingen van AIP in 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 en 2009 met telkenmale de aanwezigheidslijsten van de aandeelhouders,
- de interne jaarrekeningen van AIP over de boekjaren 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 en 2009 alsook de btw-aangiftes van AIP voor voormelde boekjaren en dit tot op heden,
- de verkoopovereenkomsten van aandelen gesloten tussen V. en de uitstappende aandeelhouders (waaronder zijn ex-werkgever) en de betaalbewijzen daarvan,
- de verschillende voor het CRILLO-project toegekende octrooien evenals de betalingsbewijzen in verband met de toegekende octrooien.

6. In hun synthesebesluiten neergelegd op 30/12/2011 (na beschikking artikel 748 Ger.W.) vorderen AIP en V. de afwijzing van de hoofdeis als ontvankelijk doch ongegrond en de toekenning van hun oorspronkelijke tegeneis in solidaire, in solidum, veroordeling van D.G. en WBF tot betaling van een vergoeding van 1.250,00 EUR aan zowel AIP als V. wegens tergend geding, minstens bij wijze van morele schadevergoeding. Zij vorderen verder de solidaire, minstens in solidum, veroordeling van D.G. en WBF tot de gedingkosten van beide aanleggen, waarin begrepen een rechtsplegingsvergoeding van 10.000,00 EUR per aanleg, en hen voorbehoud te verlenen voor eventuele verliezen en/of vertragingen die huidige procedure binnen AIP heeft teweeggebracht.

Dit behelst vanwege AIP en V. ten aanzien van de hoofdeis een vraag tot afwijzing van het hoger beroep als ongegrond en ten aanzien van de tegeneis een incidenteel beroep.

Zo nodig, vooraleer uitspraak ten gronde te doen, vorderen zij :

- de debatten te heropenen om V. alsnog toe te laten de strikt persoonlijke, doch voor het hof ter beslechting van het geschil strikt noodzakelijke en relevante documenten m.b.t. diens inkomsten neer te leggen,
- het toe te laten door middel van getuigen het bewijs

te leveren van de afgelegde bezoeken (en geboekte resultaten) bij de foodbedrijven, van de contacten met het I.O.C. en de in september 2002 bereikte resultaten en verkregen perspectieven n.a.v. de voorstelling van het Olympic CRILLO-premium in Lausanne.

## II. BEOORDELING

1. De partijen hebben hun middelen en argumenten, zoals reeds uiteengezet in hun besluiten voor de eerste rechter, in graad van hoger beroep herhaald en verder uitgewerkt. Deze zullen, in de mate deze dienstig zijn voor de beoordeling van het geschil, hierna ontmoet worden.

Het bestreden vonnis werd betekend op 25 maart 2009. Het hoger beroep ingesteld bij verzoekschrift neergelegd op 24/4/2009 is bijgevolg tijdig ingesteld. Het is eveneens regelmatig naar de vorm.

Het hoger beroep is eveneens ontvankelijk, nu geen middelen van onontvankelijkheid worden opgeworpen, en het hof geen redenen vaststelt om zulks ambtshalve te doen. Om dezelfde redenen is ook het incidenteel beroep ontvankelijk.

2. D.G. en WBF verwijten de eerste rechter het door hen aangevoerde bedrog/dwaling niet bewezen te hebben geacht, evenmin contractuele wanprestaties in hoofde van AIP en V. te hebben weerhouden en de vrijwaringsclausule van artikel 6 van de verkoopovereenkomst van 29/11/2002 niet toepasselijk te hebben gemaakt. De eerste rechter heeft volgens hen ook niet geoordeeld aangaande de door hen ingeroepen bestuurdersaansprakelijkheid van V., zodat het vonnis a quo een gebrek aan motivering vertoont.

3. D.G. en WBF blijven zich in eerste instantie beroepen op bedrog door AIP en V. bij het aangaan van de overeenkomsten van 18/3/2002 en 29/11/2002. De eerste overeenkomst, door hen ook vennootschapsovereenkomst genoemd, betreft een inschrijving door D.G. op de kapitaalsverhoging van AIP voor een bedrag van 129.000,00 EUR in ruil waarvoor hem 55 aandelen werden toebedeeld. De tweede overeenkomst, door hen ook vennootschapsovereenkomst genoemd, betreft een verkoop van 165 aandelen van AIP door V. aan D.G. voor een bedrag van 387.750,00 EUR. Deze 165 aandelen behoren niet meer toe aan D.G., maar aan WBF door een (door)verkoop door D.G. aan zijn vennootschap WBF in 2004.

Zij beweren dat zij door AIP en V. bewust werden misleid zowel door de onwaarachtige en onrealistische verwachtingen in het business plan 2002, waarvan de inhoud nochtans de rechtstreekse aanleiding tot de deelname door D.G. aan de kapitaalsverhoging van AIP was, als later door een verkeerde of onjuiste weergave van de reeds met het I.O.C. bekomen resultaten in de e-mail van 24/9/2002, hetgeen de reden was tot de aankoop door D.G. van de [bijkomende] 165 aandelen.

Er is bedrog wanneer een partij kunstgrepen of listen aanwendt om de andere partij op grond van een verkeerde voorstelling van zaken te bewegen tot het aangaan van een overeenkomst. Bedrog bevat een materieel bestanddeel, de kunstgreep of de list, en een psychologisch bestanddeel, het opzet van een partij om door middel van de kunstgreep de andere partij tot het aangaan van de overeenkomst te bewegen. Bedrog is dan oorzaak van nietigheid van de overeenkomst, wanneer de kunstgrepen, door een van de partijen gebezigd, van die aard zijn dat de andere partij zonder die kunstgrepen het contract niet zou hebben aangegaan (artikel 1116 B.W.). Wie bedrog inroept draagt de bewijslast van zijn bewering (artikel 1116, tweede lid, B.W.).

Deze kunstgrepen bestaan volgens D.G. en WBF in de misleidende beweringen van V. en AIP in (1) het business plan 2002 omtrent het crilo-product en de daarmee vooropgestelde commerciële successen, (2) de mail van 24/9/2002 omtrent het akkoord dat was bereikt met het I.O.C. te Lausanne voor o.m. het gebruik van het I.O.C.-logo en I.O.C.-vlag, en zij stellen dat zij zonder deze kunstgrepen nooit zouden overgegaan zijn tot respectievelijk een inschrijving op de kapitaalsverhoging op 18/3/2002 en een aankoop van bijkomende aandelen op 29/11/2002.

Het al dan niet voorhanden zijn van deze beweerde kunstgrepen, noodzakelijk om tot bedrog als wilsgebrek te kunnen besluiten, zal hierna achtereenvolgens worden onderzocht voor zowel de vennootschapsovereenkomst van 18/3/2002 als de vennootschapsovereenkomst van 29/11/2002.

Het weze hierbij opgemerkt dat de rechtsgeldigheid van de overeenkomst (in het licht van artikel 1108 B.W.) moet worden beoordeeld op het ogenblik van het aangaan ervan.

### **3.1. vennootschapsovereenkomst van 18 maart 2002 (129.000,00 EUR)**

[Nog] afgezien van de vraag wie met wie in contact is gekomen of wie door wie werd aangebracht (volgens D.G. werd hij rechtstreeks aangesproken door V.; volgens V. werd D.G. aangesproken door het revisoren- en consultantkantoor Deloitte & Touche), bestaat tussen partijen geen betwisting over het feit dat de inbreng door D.G. in de kapitaalsverhoging van 18/3/2002 werd ingegeven door de inhoud van het business plan 2002.

Volgens D.G. en WBF gaven V. en AIP in het business plan 2002 een verkeerde voorstelling van zaken in verband met een aantal feitelijkheden zoals de belangstelling van foodmultinationals voor het product, beweerdelijk geplaatste bestellingen door foodmultinationals en de bescherming van het crilo-product, waardoor zij op een dwaalspoor werden gebracht.

**3.1.1.** Volgens D.G. en WBF is het gestelde in het hoofdstuk *“Marktonderzoek”* van het business plan 2002 [...] onjuist, inzonderheid de bewering dat de

belangstelling bij de foodmultinationals in België heel groot was, er reeds bestellingen werden geplaatst en zij bereid waren deel te nemen op voorwaarde van een multi-campagne. Zij halen evenwel enkel passages en zinssneden aan zonder deze te plaatsen in het geheel.

Dat er wel degelijk interesse was, blijkt reeds uit een schrijven dd. 4/6/1998 van AIP aan *“Lever-Elida”* te Brussel [...] waarin een onderhoud van 28/5/1998 werd bevestigd met o.m. een *“toezegging van ca. 11 miljoen stuks crilo's voor aktie februari 1999”* en een *“multi product presentatie”* op een aantal data werd aangekondigd.

Deze interesse blijkt ook uit een schrijven dd. 27/7/2001 uitgaande van de Millenium Marketing Group Ltd (zijnde een marketingbureau dat gespecialiseerd is in de marketing van nieuw gepatenteerde technologieën) aan V., waarin deze werd gefeliciteerd met de recent ontvangen bevestiging van het patent vanwege het *“United States Patent and Trademark Office”*, waarin het gepatenteerde product, zijnde de crilo beschermd onder de naam *“Game and apparatus for playing a game”* (vertaald : “spel en apparaat voor het spelen van het spel”), als een zeer goed commercialiseerbaar product wordt bestempeld en waarin het bureau haar medewerking aanbiedt om het product op de internationale markt te brengen [...].

De gehele passage uit het business plan 2002 luidt evenwel als volgt : *“Het marktonderzoek werd uitgevoerd bij nagenoeg alle foodmultinationals in België. De belangstelling was heel groot, echter door het verschil in reacties; met name bepaalde foodmultinationals :*

- *plaatsten reeds een bestelling, of*
  - *eisten aanpassingen op de Crilo, of*
  - *waren bereid deel te nemen, op voorwaarde van een multi-productcampagne, of*
  - *vonden de figuurzijde in België een probleem wegens de 2 landsgebieden, (Belgische figuren), of*
  - *gaven ons heel interessante tips,*
- hebben wij toen beslist, niet direct op de bestellingen in te gaan, maar eerst alle reacties grondig te evalueren en waar kan er rekening mee te houden en in te grijpen, om aldus een zo groot mogelijke afzetmarkt te bekomen.*

*Het resultaat is dat we vandaag klaar staan met een premium die in zijn huidige vorm grondig verschilt van deze die tijdens het marktonderzoek werd aangewend.*

*Uit het marktonderzoek konden we toen besluiten dat :*

- *de markt “smeekt” om “iets nieuws” wat de verkoop van hun producten doet stijgen;*
- *de food-bedrijven bereid zijn meer te betalen voor de licenties van bekende figuren”.*

Er was bijgevolg in het verleden reeds beslist om op bestellingen vooralsnog niet in te gaan en te opteren voor een aanpassing van het oorspronkelijke product, teneinde op een zo breed mogelijke basis tegemoet te komen aan de wensen van potentiële klanten. Met deze passage van het business plan hebben



AIP en V. niet enkel een reeds bestaande interesse voor het product willen aantonen (die uit voormelde brieven ook blijkt), maar ook en vooral willen meedelen dat het definitieve crilo-product ontwikkeld was en klaar was voor de marketing- en commercialisatiefase.

Het feit dat het plan zelf voorziet dat de marketing-fase nog zou duren tot medio 2003, betekent reeds dat de marketingfase bij het opstellen van het plan geenszins beëindigd was, integendeel. Stellen, zoals D.G. en WBF doen, dat de bewering dat er marktonderzoek werd verricht twijfelachtig en mogelijk onjuist is, houdt een - al dan niet bewuste - verwarring in tussen het marktonderzoek dat voordien was uitgevoerd en het verder nog te verrichten marktonderzoek m.b.t. de uiteindelijke uitvoeringsvorm van het crilo-product, waarvan in het plan zelf wordt gezegd dat deze marketingfase nog tot medio 2003 zou duren. De bestellingen, waarnaar in het plan verwezen wordt, hadden betrekking op eerdere uitvoeringsvormen, niet op het afgewerkte product zoals het in het business plan wordt voorgesteld.

**3.1.2.** Uit de zin *“Het resultaat is dat we vandaag klaar staan met een premium die in zijn huidige vorm grondig verschilt van deze tijdens het marktonderzoek werd aangewend”* leiden D.G. en WBF verder verkeerdelijk af dat het crilo-product helemaal niet zou beschermd zijn. Blijkens de brief dd. 27/8/2002 van ing. F.O. van nv. K.O.B. (octrooi-adviseur en erkend Belgisch en Europees octrooigemachtigde) was voor het crilo-product *“Spel en apparaat voor het spelen van een spel”* wel degelijk een Belgisch, Europees en U.S. octrooi toegekend, waarbij de Amerikaanse en Europese als *“sterke octrooien”* bekend staan, gezien hun moeilijke aanvechtbaarheid in gerechtelijke procedures. In deze brief staat zelfs dat *“de Europese en Amerikaanse octrooi-onderzoekers vrij vlug overtuigd [konden] worden van de octrooieerbaarheid van de uitvinding”* en dat *“deze octrooien een bijzonder grote draagwijdte hebben, en een bescherming bieden voor het principe van het spel, ongeacht de uitvoeringsvorm ervan.”* Er was bijgevolg wel degelijk octrooibescherming voor het crilo-product en de later aangebrachte wijzigingen uitgevoerd in functie van de wensen van potentiële klanten, betroffen uitsluitend de uitvoeringsvorm, waardoor de octrooibescherming gehandhaafd bleef.

Niet enkel genoot het Crilo-product ten tijde van het business plan 2002 nationale en internationale octrooibescherming, bovendien was ook het merk en het logo *“CRILO”* nationaal en internationaal beschermd, zoals blijkt uit een schrijven van diezelfde datum (27/8/2002) van nv. K.O.B. aan V. Een en ander blijkt trouwens genoegzaam uit de bundel overtuigingsstukken van AIP en V. [...], houdende de beschermingsbewijzen van het crilo-product.

**3.1.3.** Aldus dient besloten dat, in weerwil van hetgeen D.G. en WBF voorhouden, het business plan 2002 geen misleidingen bevat, doch integendeel de toekomstige investeerder correct inlicht omtrent de eigenschappen van het voorgestelde product.

Er dient ten andere opgemerkt te worden dat V. niet op eigen houtje het business plan 2002 heeft opgesteld maar zich hierbij heeft laten bijstaan door het bedrijfsrevisoren- en consultantbureau Deloitte & Touche (verder ook *“D&T”* genoemd). Deze factuureerde haar prestaties op 15/4/2002 voor een totaal bedrag van 1.815,00 EUR (btw inbegrepen) en omschreef deze prestaties als : *“Diverse vergaderingen + assistentie bij het opstellen van een business plan”* [...]. Dat dit wel degelijk het business plan 2002 betrof, blijkt uit stuk 23b, bevattende de overmaking van dit plan voor D&T aan V. De medewerking van D&T aan dit business plan en haar goedkeuring met dit plan blijkt uit de inleidende bewoordingen van het plan : *“Uit een bespreking met Deloitte & Touche zijn geen fundamentele opmerkingen naar voren gekomen”*. Ook dit ontkracht genoegzaam de bewering van D.G. en WBF dat het plan leugenachtig, misleidend en vals zou zijn, tenzij zij - impliciet - bedoelen dat D&T aan het (beweerde) bedrog zou hebben medegewerkt, wat ze evenwel niet voorhouden, laat staan bewijzen of zelfs maar waarschijnlijk maken.

De eerste rechter heeft het dan ook juist voor wanneer hij overweegt dat het plan werd opgesteld aan de hand van de gegevens zoals die destijds aan AIP en V. bekend waren en dat deze gegevens ook als zodanig werden weergegeven in het business plan 2002, zonder enig bedrog of misleiding van welke aard ook. Het was de bedoeling van AIP en V. om met het crilo-product een gelijksoortige hype te creëren als destijds met de flippo het geval is geweest, vandaar dat in het business plan 2002 uitgegaan werd van de omzet en verkoopcijfers die de flippo hebben opgeleverd; wel werden bewust deze cijfers niet overgenomen maar werd geopteerd voor een meer pessimistische prognose, juist met de bedoeling de verwachtingen niet bovenmaats hoog te stellen.

Op pg. 7 van het business plan 2002 wordt trouwens ook uitdrukkelijk gesteld dat, niettegenstaande de interesse van de foodmultinationals, er pas naar deze multinationals kon gestapt worden eens er een beslissing was omtrent de figuurbedekking. Dit laatste was immers van het grootste belang aangezien de crilo als product hiermee kon staan of vallen. Vooraleer deze beslissing te kunnen nemen, moest er evenwel een akkoord zijn vanwege bedrijven of organisaties die over figuurlicenties beschikten zoals bv. IOC, Unicef. Dat dit er nog niet was, wordt in het business plan met zoveel woorden gezegd; er wordt immers wel melding gemaakt van een *“eerste bewerkte kandidaat, tevens één van de grootste organisaties ter wereld in het bezit van figuurrechten”* (waarvan is gebleken dat dit het IOC was), maar niet dat er reeds een akkoord was tot stand gekomen.

**3.1.4.** Alle in het business plan 2002 vooropgestelde prognoses naar de toekomst toe (zowel wat omzet, brutowinstmarges als return betreft) zijn alle voorwaardelijk geformuleerd zoals blijkt uit volgende bewoordingen in de inleiding : *“De vooruitzichten zijn naar onze mening gebaseerd op voorzichtige basisveronderstellingen. Desalniettemin kan geen garantie*

*geboden worden dat de vooropgestelde doelstellingen effectief zullen gebaald worden.*” Dat zulks in de inleiding wordt vermeld, is belangrijk, want dit betekent dat AIP en V. er expliciet voor uit kwamen dat zij de beoogde resultaten niet konden garanderen en dat zij de toekomstige investeerders hiervoor wilden waarschuwen.

Een dergelijke waarschuwing aan het einde van een business plan of in een begeleidend schrijven had ongetwijfeld minder aandacht getrokken dan een dergelijke waarschuwing in de inleiding van het plan. Al hetgeen volgt en inzonderheid de prognose naar de toekomst toe, [dient] derhalve onder de noemer van deze voorwaardelijkheid geplaatst te worden.

Gelet op voorgaande overwegingen en vaststellingen kunnen D.G. en WBF bezwaarlijk gevolgd worden in hun argumentatie dat zij door de inhoud van het business plan 2002 wetens en willens werden misleid teneinde hen te overhalen in te stappen in de kapitaalverhoging van AIP. Het bewijs van de beweerde kunstgreep wordt te dezen niet geleverd.

### **3.2. vennootschapsovereenkomst van 29 november 2002 (387.750,00 EUR)**

Hieromtrent argumenteren D.G. en WBF dat D.G. tot aankoop van de 165 aandelen is overgegaan omwille van verkeerde informatie verstrekt in een e-mail van 24/9/2002 van V. aan D.G. [...].

Vooreerst blijkt uit niets dat deze e-mail een doorslaggevende reden is geweest voor D.G. om tot de aankoop, die pas meer dan twee maand later plaatsvond, over te gaan.

Dat de informatie onjuist zou zijn, wordt al evenmin aangetoond, laat staan dat het om een bewuste verkeerde informatie ging.

Deze e-mail bevatte geen misleidende informatie in die zin dat hierin een akkoord vanwege het I.O.C. werd meegedeeld. In deze mail werd enkel ter kennis gebracht dat het project “*Olympic Crilo*” op 22 en 23 september 2002 was voorgesteld aan de directie van het I.O.C. te Lausanne en dat het door iedereen [...] positief was onthaald en wel met het volgende resultaat :

- “- toelating om namens het I.O.C. het project aan de hoofdsponsors te presenteren (ook aan alle andere niet-concurrerende firma's).*
- toelating om de Crilo-magazines in hun huidige lay-out (inclusief voorwoord van de voorzitter) voor te stellen.*
- toelating om het I.O.C.-logo en -vlag te gebruiken (Olympische ringen).*
- medewerking om foto's, kopij enz. van het I.O.C. bijeen te brengen in de ruimst mogelijke betekenis. Bovendien zullen al deze punten schriftelijk aan AIP Int. worden bevestigd, met een introductie voor de I.O.C. sponsors. [...]*”

De toelatingen, waarvan sprake in deze e-mail, waren mondeling en het is niet omdat deze nader-

hand niet schriftelijk werden bevestigd, dat de informatie in de e-mail onjuist was. Het hof ziet trouwens geen enkele reden waarom V. hierover ook tegen de drukker van crilo's zou liegen, aan wie op 25/9/2002 een mail met identiek dezelfde inhoud werd overgemaakt. De reden waarom de besprekingen met het I.O.C. uiteindelijk niet zijn doorgegaan had niets te maken met de mondelinge toelatingen aan AIP maar met té hoge vergoedingen voor het gebruik van figuurrechten en met het feit dat Mc Donalds, een van de sponsors van het I.O.C., afzag van haar strategie om verborgen verleiders, zoals de crilo, in haar producten te stoppen, en overging tot het promoten van gezonde voeding en het beoefenen van sport.

Het hof stelt ten andere vast dat D.G. en WBF weliswaar beweren dat de informatie in de mail van 24/9/2002 onjuist is, doch hiervan geenszins een bewijs leveren noch aantonen waarom deze informatie in de mail onjuist zou zijn. De e-mail bevat in ieder geval geen akkoord van het I.O.C. met het gebruik van de crilo, doch enkel bepaalde toelatingen om de crilo ook bij de sponsors en niet-concurrerende bedrijven te promoten.

Het is ten andere merkwaardig dat deze e-mail van 24/9/2002 pas voor het eerst in de procedure wordt aangewend als element van bedrog, daar waar hiervan in de ingebrekestellingen van 12/2/2002 en 15/5/2002 niets terug te vinden is.

D.G. en WBF verwijzen voorts naar artikel 5, 10° van de overeenkomst van 29/11/2002 waarin staat dat alle informatie vermeld in het business plan van 2002 op 29/11/2002 nog steeds correct was en het business plan derhalve niet moest bijgesteld worden, om te besluiten dat, waar zowel het business plan als de e-mail van 24/9/2002 bewust verkeerde informatie bevatten, zij bedrogen werden. Gelet op het voorgaande is geen sprake van bewust verstrekte verkeerde informatie aangezien er inderdaad geen omstandigheden voorhanden waren op grond waarvan het business plan *op dat ogenblik* had moeten bijgesteld worden. D.G. en WBF bewijzen dergelijke omstandigheden ook niet doch houden het bij de - niet bewezen noch objectief aanneembaar gemaakte - bewering dat de informatie in de mail “*manifest onjuist*” is.

Ook hier besluit het hof derhalve dat de vennootschapsovereenkomst van 29/11/2002 niet is aangetast door bedrog.

**3.3.** Dat de zaken niet zijn gelopen zoals verwacht, heeft niets te maken met het business plan 2002 of met de e-mail van 24/9/2002 als zodanig, maar uitsluitend met feitelijkheden die zich nadien hebben voorgedaan (zoals afhaken van het I.O.C., Mc Donalds en Unicef omwille van gewijzigde marketingstrategieën en dit vanaf 2004) en die op het ogenblik van het business plan 2002 niet alleen niet voorzienbaar waren, maar bovendien evenmin reeds in de kiem aanwezig waren. Deze feitelijkheden maken het business plan 2002 dus niet bedrieglijk, noch zijn zij, gelet



op het tijdstip waarop zij zich voordeden, van aard om bedrog in hoofde van AIP en V. te weerhouden ten tijde van het afsluiten van de overeenkomsten. Wat zich na het afsluiten van een overeenkomst voordoet, kan niet aangewend worden als bedrog ten tijde van het afsluiten van de overeenkomst, zijnde het enige tijdstip waarop de rechtsgeldigheid van de overeenkomst moet beoordeeld worden.

Bedrog als wilsgebrek komt zodoende niet bewezen voor.

4. Ondergeschikt beroepen D.G. en WBF zich op dwaling bij het afsluiten van de beide vennootschapsovereenkomsten.

Dwaling in de zin van artikel 1110 B.W. vormt een oorzaak van nietigheid van de overeenkomst wanneer zij de zelfstandigheid betreft van de zaak die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt; de zelfstandigheid van de zaak is elk gegeven dat doorslaggevend is geweest voor de partij om de overeenkomst aan te gaan, waarvan de medecontractant op de hoogte hoorde te zijn en zonder hetwelk de overeenkomst niet zou zijn gesloten (vgl. Cass. 24 september 2007, *T.B.B.R.* 2009/4, 216). De dwaling moet m.a.w. wezenlijk en doorslaggevend zijn.

In de mate dat D.G. en WBF ter ondersteuning van de ingeroepen dwaling ook hier verwijzen naar de *“misleidende voorstelling van het ‘CRILO’ product en van de voorgespiegelde commerciële successen, beweerde uitgevoerde marktonderzoeken en beweerde geplaatste bestelling door foodmultinationals in het Business Plan van 2002”*, verwijst het hof naar wat hieromtrent in punt 3 in verband met het ingeroepen bedrog werd uiteengezet en neemt het deze overwegingen over. De elementen die D.G. en WBF inroepen als bedrog, kunnen op grond van de voorgaande overwegingen en vaststelling in punt 3 van het arrest, evenmin ingeroepen worden als elementen van dwaling, ook al wordt aangenomen dat de inhoud van het business plan 2002, zowel wat de voorstelling van het product als wat de prognoses voor de toekomst betreffen, van doorslaggevende betekenis is geweest voor D.G. om op 18/3/2002 deel te nemen aan de kapitaalsverhoging en om zes maanden later op 29/11/2002 bijkomend 165 aandelen van AIP aan te kopen van V.

Nu geen dwaling te weerhouden valt, dient het hof niet nader in te gaan op de door D.G. en WBF aangevoerde redenen van verschoonbaarheid, zoals de rol van D&T bij het opmaken van het business plan 2002. Hoe dan ook - en voor zoveel als nodig - dient opgemerkt dat - in weerwil van de door D.G. en WBF geleverde inspanningen om te wijzen op onjuistheden en aanpassingen in de vele besluiten door AIP en V. neergelegd zowel in eerste aanleg als in hoger beroep omtrent de rol van D&T bij het tot stand komen van het business plan, alsook in weerwil van het feit dat AIP en V. omtrent de rol van D&T in de loop van de procedure niet altijd even duidelijk en consequent zijn geweest - het business plan hieromtrent duidelijk is. De inleiding vangt immers aan

met het volgende : *“Dit business plan werd opgesteld door het management van A.I.P. International ten behoeve van de kapitaalinvesteerders. Uit een bespreking met Deloitte & Touche zijn geen fundamentele opmerkingen naar voren gekomen”*.

Het was dus reeds van meet af aan duidelijk dat de rol van D&T niet verder ging dan een nazicht van het business plan en van de erin opgenomen verwachtingen en bijstand bij het formeel opstellen ervan. Dit blijkt ook uit de factuur dd. 15/4/2002 waarin de gefactureerde prestaties werden omschreven als *“Diverse vergaderingen en assistentie bij het opstellen van een business plan”*. Het business plan 2002 gaf dus zeker niet de indruk, zoals D.G. en WBF verkeerdelijk willen laten geloven, dat D&T de inspiratiebron is geweest, waardoor de verwachtingen in het business plan geloofwaardiger overkwamen.

Het is niet omdat in de diverse conclusies van AIP en V. in zekere mate verwarring werd gecreëerd omtrent de precieze rol van D&T bij het tot stand komen van het business plan 2002, dat D.G. en WBF zouden hebben gedwaald op het ogenblik van de inbreng op 18/3/2002 en de aankoop van aandelen op 29/11/2002, des te meer zij niet objectief aanneembaar maken dat deze precieze rol van D&T voor hen een doorslaggevend en substantieel element was tot het aangaan van deze vennootschapsovereenkomsten.

In deze omstandigheden kan derhalve dwaling niet als oorzaak van nietigheid van de beide overeenkomsten weerhouden worden.

5. D.G. en WBF verwijten V. zich persoonlijk te hebben verrijkt aan het crilo-project, daar waar zij als investeerders geen enkele return ontvingen. V. ontkent dit ten stelligste en houdt voor dat hij sinds januari 2003 geen enkele vergoeding in verband met het project heeft ontvangen. D.G. en WBF trekken dit in twijfel stellende dat V. *“allicht”* een aardige meerwaarde heeft kunnen realiseren op de doorverkoop aan hen van de aandelen van de uitstappende aandeelhouders. Het hof ziet evenwel niet in in welke mate deze bewering, die overigens niet bewezen wordt, van belang is voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de inbreng op 18/3/2002 en de aankoop van aandelen op 29/11/2002. In beide gevallen was de prijs van de aandelen de prijs zoals deze in het business plan werd vastgesteld nl. 2.350,00 EUR per aandeel. Hoeveel V. heeft betaald aan de uittrekkende aandeelhouders, is van geen belang. D.G. heeft ingebracht en gekocht aan de prijs zoals bepaald in het business plan, noch min noch meer.

Op de ondergeschikte vraag van D.G. en WBF tot overlegging van de verkoopovereenkomsten met de uittrekkende aandeelhouders, dient dan ook niet verder ingegaan te worden.

6. Ondergeschikt vorderen D.G. en WBF de ontbinding van de beide vennootschapsovereenkomsten van 18/3/2002 en 29/11/2002 op grond van wanprestatie in de uitvoering van de overeenkomsten.

**6.1.** Volgens hen bestaat de wanprestatie m.b.t. de eerste overeenkomst van 18/3/2002 in het bedrog, minstens de dwaling. Hierop kan uiteraard niet ingegaan worden, gelet op hetgeen hoger in de punten 3 en 4 van onderhavig arrest werd overwogen m.b.t. [het] ingeroepen bedrog en dwaling als wilsgebreken.

**6.2.** De wanprestatie m.b.t. tweede overeenkomst van 29/11/2002 bestaat volgens hen eveneens uit het bedrog, minstens de dwaling, maar ook - minstens uit een inbreuk op de contractuele garantie - en vrijwaringsverbintenissen.

In de mate dat ook hier beroep wordt gedaan op bedrog en dwaling, wordt - andermaal - verwezen naar de uiteenzetting in de punten 3 en 4 van het arrest.

D.G. en WBF verwijzen evenwel ook naar de garanties verleend door de verkoper in artikel 5, 10° van de overeenkomst en de vrijwaringsverbintenis opgenomen in artikel 6 van deze overeenkomst.

**6.2.1.** Artikel 5, 10°, dat onderdeel is van artikel 5 “Garanties verleend door de verkopers” bepaalt : *“De verkopers verklaren en waarborgen dat de vooruitzichten vooropgesteld in het Business Plan dat door de verkopers en het bestuur van de vennootschap werd opgemaakt naar aanleiding van de op 03 mei 2002 doorgevoerde kapitaalsverhoging van de vennootschap [...] op geen enkele wijze in negatieve zin zijn gewijzigd of in negatieve zin dienden worden bijgesteld, zodoende dat in voormeld Business Plan gebudgetteerde cijfers nog steeds als uiterst voorzichtige raming van de huidige en van de toekomstige ontwikkeling van de vennootschap en haar activiteiten geldt.”*

*De verkopers verklaren en waarborgen in dezelfde samenhang dat de vennootschap over de exclusieve licentierechten (omvattende octrooi, modelbescherming, naambescherming, logobescherming) voor een minimumduur van 5 jaar beschikt en/of over de andere vereiste zakelijke rechten beschikt om over te gaan tot realisatie van de in het Business Plan vermelde activiteiten en doelstellingen, en van in de door de verkopers opgemaakte tussentijdse rapporteringen vermelde activiteiten en doelstellingen.*

*De verkopers verklaren en waarborgen verder dat de financiële en fiscale situatie van de vennootschap sinds de opmaak van het Business Plan geen noemenswaardige wijziging in negatieve zin heeft ondergaan” (sic) (eigen onderlijning door het hof).*

De “garanties” die V. verstrekke gingen in werkelijkheid niet verder dan dat (1) er zich sinds de kapitaalsverhoging op 3/5/2002 geen wijzigingen hadden voorgedaan, van aard om de vooruitzichten vooropgesteld in het business plan in negatieve zin aan te passen, (2) de in het business plan vooropgestelde cijfers nog steeds een uiterst voorzichtige raming inhielden, (3) de vennootschap over de vereiste licenties met een minimum duur van 5 jaar beschikte, (4) de financiële en fiscale situatie van de vennootschap sedert het business plan niet negatief gewijzigd was. Uit wat hoger is uiteengezet, blijkt niet dat deze garanties door V. en AIP werden geschonden.

Verder dan dit strekten de garanties in ieder geval niet, zodat het feit dat niet de resultaten werden bereikt zoals in het business plan vooropgesteld, geen inbreuk is op de door V. op zich genomen garantieverplichting in artikel 5, 10° van de overeenkomst van 29/11/2002.

**6.2.2.** Artikel 6 “Vrijwaringen” luidt als volgt :

*“1. De verkopers verbinden er zich hoofdelijk en solidair toe de kopers te vrijwaren voor :*

*I. Alle lasten, verplichtingen, verliezen, schades, in de meest ruime zin, in hoofde van de vennootschap of de kopers, die voortvloeien uit de onjuistheid of onvolledigheid van de door de verkopers verstrekte gegevens, verklaringen en/of waarborgen of uit de foutieve niet-uitvoering van de in het kader van deze overeenkomst gegeven waarborgen en verbintenissen tot vrijwaring;*  
*II. Alles lasten, verplichtingen, verliezen, schades, in de meest ruime zin, in hoofde van de vennootschap of de kopers, die voortvloeien uit verrichtingen uitgevoerd door de vennootschap of door de verkopers vóór de ondertekening van deze overeenkomst of uit feiten, omstandigheden of gebeurtenissen die zich voordeden of die plaatsgrepen vóór de ondertekening van de overeenkomst, voor zover deze lasten en verplichtingen niet voor het correcte bedrag werden uitgedrukt in de aan deze overeenkomst gehechte staat van activa en passiva.” (sic)*

Voor alle duidelijkheid : er was slechts één verkoper (V.) en één koper (D.G.), zodat er geen sprake is van “verkopers” en “kopers” noch van een hoofdelijke en solidaire vrijwaringsplicht.

Deze vrijwaringsverbintenis heeft betrekking op schade als gevolg van (1) onjuiste of onvolledig verstrekte gegevens, verklaringen en waarborgen, (2) een foutieve niet-uitvoering van de in de overeenkomst gegeven waarborgen en vrijwaringsverbintenissen, (3) verrichtingen van de vennootschap/verkoper of omstandigheden/gebeurtenissen telkens daterende van vóór de ondertekening van de overeenkomst waardoor de aan de overeenkomst gehechte staat van activa en passiva op het ogenblik van het ondertekenen van de overeenkomst niet meer [aan] de correcte weergave van de realiteit beantwoordt.

Welnu ook hier dient vastgesteld dat de niet-realisatie van het crilo-project zoals dit in het business plan werd voorgesteld, niet valt onder de toepassing van deze vrijwaringsclausule : er is immers geen sprake van onjuiste of onvolledige informatie aan D.G. (zie wat hieromtrent in de punten 3 en 4 werd uiteengezet), noch van omstandigheden of handelingen van de verkoper of de vennootschap van vóór de ondertekening van de overeenkomst (29/11/2002) waardoor de weergave van de staat van activa en passiva niet meer correct was. Alle gebeurtenissen die de vooropgestelde verwachtingen in het business plan de kop hebben ingedrukt dateren immers van na de ondertekening van de overeenkomst, waarvoor de vrijwaringsverbintenis zeer duidelijk *niet* geldt. D.G. en WBF tonen dan ook evenmin aan in welke mate V. een foutieve niet-uitvoering van de “in het

*kader van deze overeenkomst*” gegeven waarborgen en vrijwaringsverbintenissen verweten kan worden.

Aangezien de contractuele wanprestaties, waarop D.G. en WBF zich beroepen, niet voorhanden zijn noch bewezen voorkomen, kan op grond hiervan niet besloten worden tot de ontbinding van de beide vennootschapsovereenkomsten. Ook deze vordering van D.G. en WBF faalt zodoende.

**7.** Ondergeschikt beroepen D.G. en WBF zich op een precontractuele fout in hoofde van AIP en V. door geen correcte informatie te hebben gegeven bij het sluiten van de overeenkomsten er aan toevoegende dat V. als orgaan van de vennootschap medeaansprakelijk is samen met de vennootschap AIP voor precontractuele fouten door hem begaan in zijn hoedanigheid van orgaan. Dit laatste nog onverlet latende, stelt het hof vast dat D.G. en WBF zich beroepen op dezelfde argumenten die zij aanwenden ter ondersteuning van het door hen aangevoerde bedrog en de beweerde dwaling in hun hoofde. Waar deze argumenten in onderhavig arrest reeds uitvoerig werden ontmoet, beantwoord én afgewezen, dient hun vordering in zover gebaseerd op de precontractuele aansprakelijkheid eveneens als ongegrond te worden afgewezen.

**8.** D.G. en WBF verwijten V. zich herhaaldelijk en manifest schuldig te hebben gemaakt aan fouten in zijn bestuur, inzonderheid door artikel 633 W.Venn. (alarmbelprocedure) niet te hebben toegepast op de ogenblikken waarop dit wettelijk vereist was.

**8.1.** Uit de voorliggende overtuigingsstukken, en onder meer het verslag van de raad van bestuur omtrent het jaarverslag 2003 opgemaakt op 16/4/2004 en het verslag van de commissaris over dit boekjaar afgesloten op 31/12/2003, blijkt dat in het boekjaar 2003 het nettoactief ingevolge geleden verliezen gedaald was tot minder dan de helft van het maatschappelijk vermogen (nl. naar 279.340,00 EUR t.o.v. 565.747,76 EUR maatschappelijk kapitaal), reden waarom in het verslag van de commissaris D&T (hiertoe benoemd op 17/3/2003) van 30/4/2004 te lezen staat *“Wij vestigen er de aandacht op dat ingevolge geleden verliezen artikel 633 van het Wetboek Vennootschapsrecht van toepassing is, en dat bijgevolg een buitengewone algemene vergadering dient samengeroepen te worden”*.

AIP en V. tonen niet aan of de algemene vergadering is bijeengekomen binnen de wettelijke termijn van ten hoogste twee maanden nadat het verlies was vastgesteld of krachtens wettelijke of statutaire bepalingen had moeten vastgesteld worden, zoals door artikel 633, eerste lid, W.Venn. wordt opgelegd. Evenmin ligt dienaangaande een verslag van de raad van bestuur voor in de zin van artikel 633, tweede lid, W.Venn.

Voor het boekjaar 2004 ligt wel een *“bijzonder verslag in het kader van artikel 633 van het wetboek van vennootschapsrecht”* voor opgesteld door de raad van bestuur op 21/4/2005, waarin gewezen werd op

de noodzaak van het samenroepen van de algemene vergadering, die dient te beraadslagen over het al dan niet verder zetten van de activiteiten en waarin wordt aangegeven waarom een verderzetting aangewezen is. Er blijkt evenwel niet dat hierop een algemene vergadering is gevolgd waarin werd besloten over de al dan niet verderzetting van de activiteiten.

Voor de volgende boekjaren 2005, 2006 en 2007, waarin het nettoactief ingevolge verliezen verder bleef dalen, liggen geen bijzondere verslagen van de raad van bestuur in het kader van artikel 633, tweede lid, W.Venn. voor en blijkt evenmin dat de algemene vergadering op enig tijdstip werd bijeengeroepen in de zin van artikel 633, eerste lid, W.Venn. Enkel liggen voor deze boekjaren de verslagen van de commissaris voor waarin wordt gewezen op de noodzaak van de toepassing van artikel 633 W.Venn.

Voor de boekjaren 2008 en 2009 werd wel een *“bijzonder verslag in het kader van artikel 633 van het wetboek vennootschapsrecht”* door de raad van bestuur opgesteld op respectievelijk 15/4/2009 en 15/4/2010. In dit verband stelt het hof vast dat waar in de bijzondere verslagen van de raad van bestuur dd. 15/4/2009 (boekjaar 2008) en 15/4/2010 (boekjaar 2009) telkens werd meegedeeld dat het nettoactief van de vennootschap gedaald was tot beneden de helft van het maatschappelijk kapitaal, de verslagen van de commissaris m.b.t. deze boekjaren, opgesteld op respectievelijk 30/4/2009 (boekjaar 2008) en 29/4/2010 (boekjaar 2009) telkens vermelden dat door geleden verliezen het eigen vermogen per 31/12/2009 lager was dan *“een kwart van het kapitaal”*.

Ook hier blijkt niet dat in toepassing van artikel 633, eerste lid, W.Venn. de algemene vergadering werd bijeengeroepen. Er worden in ieder geval geen notulen van plaatsgevonden algemene vergaderingen voorgelegd, van geen enkele algemene vergadering trouwens.

In dit verband vorderden D.G. en WBF reeds in eerste aanleg de overlegging van een aantal documenten door AIP en V. en zij hernemen deze vraag in hoger beroep, met aanvulling van een aantal bijkomende documenten. Zij vragen in het bijzonder de overlegging van :

- de verslagen van de raad van bestuur van de vennootschap AIP International van 2007, 2008 en 2009,
- de verslagen van de commissaris-revisor van de vennootschap AIP International voor de jaren 2002, 2007 en 2008,
- de jaarverslagen voor de Algemene Vergaderingen alsook van de Buitengewone en Bijzondere Algemene Vergaderingen van A.I.P. International in 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 en 2009,
- de aanwezigheidslijsten van de aandeelhouders op de Algemene Vergaderingen van AIP International in 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 en 2009,
- de interne jaarrekeningen over de boekjaren 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 en 2009,



- de btw-aangiftes van AIP International voor de boekjaren 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 en 2009 tot op heden.

Waar deze stukken, niettegenstaande herhaald aandringen van D.G. en WBF, door AIP en V. niet worden voorgelegd, en sommige niet volledig, gaat het hof in op de vordering tot overlegging van deze stukken, dit in het licht van het onderzoek naar de naleving door AIP (en V.) van artikel 633 W.Venn.

**8.2.** Anderzijds vraagt het hof aan D.G. en WBF om standpunt in te nemen omtrent de vraag of en in welke mate zij zich als aandeelhouders kunnen beroepen op de sanctie voorzien in artikel 633, laatste lid, W.Venn.

**8.3.** D.G. en WBF maken ook gewag van “meerdere” bestuursfouten in hoofde van V. en van “overtreding van het Wetboek van vennootschappen en boekhoudwetgeving”. In de mate dat deze betrekking hebben op overtredingen andere dan bepaald in artikel 633 W.Venn. blijven zij hierover vaag en weinig concreet.

Om proceseconomische redenen vraagt het hof hen ook op dit punt nadere en meer specifieke uitleg te verstrekken geïllustreerd aan de hand van stukken.

**8.4.** Verder vraagt het hof aan D.G. en WBF aan te geven welke schade zij specifiek geleden hebben door een naar hun eigen zeggen onvoldoende informatieverstrekking vanwege AIP en V. omtrent de werkzaamheden op het vlak van onderzoek en ontwikkeling, te meer zij niet aantonen AIP en/of V. hieromtrent ooit voorafgaand in gebreke te hebben gesteld of hen om de wenselijke informatie te hebben verzocht. Het hof dient in ieder geval aan de hand van de door AIP en V. overgelegde overtuigingsstukken vast te stellen dat D.G. op diverse tijdstippen in kennis werd gesteld van tussentijdse verslagen met betrekking tot de stand van zaken op het vlak van de evolutie en de marketing van de crilo [...]. Ook hieromtrent vraagt het hof verduidelijking en nadere specificatie van de beweerd geleden schade.

**9.** Omtrent de tegenvordering wegens tergend en roekeloos geding of morele schade, oordeelde de eerste rechter op gepaste wijze. Het wordt niet genoegzaam aangetoond dat de vordering van D.G. en WBF werd ingegeven door kwade trouw met als doel AIP en/of V. schade toe te brengen noch kan worden vastgesteld dat de vordering lichtzinnig werd ingesteld.

Het incidenteel beroep is bijgevolg ongegrond.

**10.** Gelet op hetgeen voorafgaat werden de vorderingen tot vernietiging dan wel tot ontbinding van de inbreng op 18/3/2002 en van de opeenvolgende koopverkoop van de 165 aandelen door de eerste rechter terecht als ongegrond afgewezen, evenals de ermee gepaard gaande vorderingen in schadevergoeding.

Het hof stelt vast dat de eerste rechter niet geoordeeld heeft over de door D.G. en WBF ingeroepen bestuurdersaansprakelijkheid en de in dit verband geformuleerde vordering in schadevergoeding. Hier-

omtrent heeft de eerste rechter geen oordeel geveld, zodat wanneer wordt besloten tot een bevestiging van het bestreden vonnis in deze stand van de procedure, dit besluit uiteraard beperkt blijkt tot de vorderingen waarover de eerste rechter heeft geoordeeld.

Gelet op de ambtshalve te heropenen debatten, wordt de beslissing omtrent de gedingkosten aangehouden.

## OP DEZE GRONDEN

### HET HOF,

Rechtdoende op tegenspraak,

[...]

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en ongegrond wat betreft de door F.D.G. en nv Wirewood Benelux France in hoger beroep hernomen vordering ertoe strekkende de inschrijving op de kapitaalverhoging van de nv All Inventive Products International (AIP International nv) door F.D.G. en de koopverkoop van de 165 aandelen, achtereenvolgens aangegaan tussen C.V. en F.D.G. en F.D.G. en nv Wirewood Benelux France nietig te verklaren wegens bedrog, ondergeschikte dwaling, of, ondergeschikt deze ontbonden te verklaren in het nadeel van respectievelijk AIP International nv en C.V., alsook wat betreft de in het kader hiervan respectieve vorderingen in schadevergoeding.

Verklaart de vordering in schadevergoeding gebaseerd op een precontractuele fout ontvankelijk doch ongegrond.

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk doch ongegrond.

Bevestigt het bestreden vonnis in de mate hierover geoordeeld wordt.

[...]

## NOOT

### ENKELE TUSSENTIJDSE BEDENKINGEN BIJ EEN TUSSENARREST : WILSGEBREKEN BIJ EEN KAPITAALVERHOGING, DE ALARMBEL-PROCEDURE EN DE Vernietigbaarheid VAN BESLISSINGEN VAN DE ALGEMENE VERGADERING

**1. Feiten** - Dit arrest betreft een geschil waarin twee aandeelhouders hun inbreng wensen terug te krijgen via de nietigheid van hun inschrijving of, in subsidiaire orde, via de bestuurdersaansprakelijkheid. De aandeelhouders beweren dat zij zijn bedrogen resp. hebben gedwaald bij hun inschrijving op een kapi-

taalverhoging van NV All Inventive Products International (hierna NV AIP). Zij verwijten NV AIP en diens gedelegeerd bestuurder de heer V. wetens en willens in het business plan een beeld te hebben opgehangen waarvan zij wisten of behoorden te weten dat de doelstellingen onmogelijk realiseerbaar waren. Daarenboven wordt de heer V. verweten enerzijds de inschrijvers te hebben misleid met als doel zichzelf te verrijken en anderzijds ze te hebben bedrogen, minstens verschoonbaar te hebben doen dwalen, door een onwaarachtig positief beeld te hebben opgehangen ten aanzien van de investeerders. Tot slot verwijten zij de heer V. zich herhaaldelijk en manifest schuldig te hebben gemaakt aan de miskenning van de alarmbelprocedure, door noch enig bijzonder verslag te hebben opgesteld, noch de algemene vergadering te hebben bijeengeroepen op de ogenblikken waarop dit wettelijk vereist was.

Het hof van beroep te Gent wijst, zoals de eerste rechter, het hoger beroep af met betrekking tot de vordering tot nietigverklaring wegens bedrog en dwaling. Met betrekking tot de naleving van de alarmbelprocedure heropent het hof ambtshalve de debatten en beveelt het NV AIP tot de overhandiging van een aantal bewijsstukken. Het hof acht het immers onduidelijk of de bestuurders wel aan hun verplichting van artikel 633 W.Venn. hebben voldaan.

**2. Opzet** - In een eerste deel wordt de vraag besproken of en in welke mate het mogelijk is voor de inschrijvers op een kapitaalverhoging om zich te beroepen op wilsgebreken (randnummer 3 e.v.). In een tweede deel wordt de alarmbelprocedure onder de loep genomen (randnummer 7 e.v.). De vraag in welke mate aandeelhouders een beroep kunnen doen op het causaliteitsvermoeden van artikel 633, lid 5 W.Venn., wordt echter in een latere bijdrage besproken. Het geding is immers nog *sub iudice*, zodat een commentaar op dat punt niet aangewezen is. Toch rijzen er in het licht van dit arrest enkele andere interessante vragen : hoe ver reikt de alarmbelprocedure en blijven de bestuurders ook na het verstrijken van de termijn van twee maanden verplicht om een algemene vergadering bijeen te roepen? Bestaat er een mogelijkheid om alsnog het causaliteitsvermoeden te weerleggen? Wat als het netto-actief blijft afnemen, ondanks een eerste toepassing van de alarmbelprocedure? In een derde en laatste deel wordt de vernietigbaarheid van de beslissing van de algemene vergadering besproken als piste om hun inbreng terug te krijgen (randnummer 12 e.v.).

## I. Wilsgebreken bij de inschrijving op een kapitaalverhoging

**3. Inleiding** - Sedert geruime tijd bestaat er discussie over de aard van de inschrijving op een kapitaalverhoging. Wanneer de inschrijving wordt gekwalificeerd als een meerzijdige rechtshandeling, kan ze slechts nietig worden verklaard indien het bedrog uitgaat van de tegenpartij<sup>(1)</sup>. Indien de inschrijving daarentegen wordt gekwalificeerd als een eenzijdige rechtshandeling, is het van generlei belang van wie dit bedrog uitgaat om een nietigverklaring te bekomen<sup>(2)</sup>.

Vermits het beweerde bedrog van de bestuurders aan NV AIP moet worden toegerekend, maakt dit terzake geen verschil uit. Niettemin is dit een mooie aanleiding om deze discussie op te frissen.

**4. Eenzijdig of meerzijdig?** - Het Hof van Cassatie heeft zich nog niet uitdrukkelijk uitgesproken over de vraag of een inschrijving op een kapitaalverhoging een eenzijdige dan wel een meerzijdige rechtshandeling uitmaakt. Toch lijkt het Hof de voorkeur te geven aan de meerzijdige benadering. Zo oordeelde het dat ingeval er twee personen inschrijven op een kapitaalverhoging van een NV, zij een vordering tot nietigverklaring van hun inschrijving kunnen instellen tegen de vennootschap wanneer haar bestuurders bedrieglijke kunstgrepen hebben aangewend om deze inschrijvingen te bekomen. Aangezien het Hof van Cassatie, tot twee maal toe, een arrest heeft vernietigd op grond van artikel 1116 BW, rijst er een sterk vermoeden dat het een kwalificatie als meerzijdige rechtshandeling aanvaardt<sup>(3)</sup>.

Een meerderheidsstrekking binnen de rechtsleer is eveneens deze mening toegedaan. Zij beschouwen de inschrijving niet als een typische en zuivere meerzijdige rechtshandeling, maar veeleer als een *meerzijdige rechtshandeling eigen van aard* waarop het algemeen verbintenissenrecht van toepassing is, voor zover daarvan niet is afgeweken door de bijzondere wettelijke regeling met betrekking tot vennootschappen<sup>(4)</sup>.

Vele auteurs volgen deze contractuele benadering daar de inbreng niet enkel plichten doet ontstaan ten opzichte van de vennootschap, maar de inschrijver ook rechten verwerft ten laste van de vennootschap, met name de vermogens- en lidmaatschapsrechten. Eveneens stellen zij, mijns inziens terecht, dat de contractuele benadering vanuit juridisch oogpunt de enige en meest logische benadering is van een inschrijving op een kapitaalverhoging<sup>(5)</sup>.

1. Artikel 1116 BW; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 121-122.  
2. De EBVBA wordt in deze annotatie uitgesloten; M. WYCKAERT, "Bedrog van de raad van bestuur bij kapitaalverhoging" (noot onder Cass. 9 november 1987), *TRV* 1988, 355; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 264-265.  
3. Cass. 9 mei 1935, *Pas.* 1935, I, 240; Cass. 9 november 1987, *TRV* 1988, 355.  
4. K. GEENS en M. WYCKAERT, m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De Vennootschap - Algemeen deel*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 98-99, nr. 51.  
5. J. RONSE, "Vennootschaps- en verbintenissenrecht" in *Op de grenzen*

*van komend recht*. Opstellen aangeboden aan J.H. Beekhuis, Deventer, Kluwer, 1969, 209; M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les sociétés commerciales. 1 : Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés*, Brussel, Larcier, 1982, 258, nr. 421; M. WYCKAERT, *Kapitaal in NV en BVBA - Vermogens- en kapitaalvorming door inbreng - Rechten en plichten van vennoten*, reeks Jan Ronse Instituut, 7, Kalmthout, Biblo, 1995, 51-52, nr. 38; K. GEENS en M. WYCKAERT, m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De Vennootschap - Algemeen deel*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 92-93, nr. 48; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 7, nr. 6.

Het Gentse hof van beroep sluit zich overduidelijk en terecht aan bij deze opvatting. In het besproken arrest kwalificeert het hof beide inschrijvingen op een kapitaalverhoging als een “vennootschapsovereenkomst”.

Dit alles neemt niet weg dat een minderheidsstrekking binnen de rechtsleer een inschrijving op een kapitaalverhoging van een vennootschap beschouwt als een eenzijdige rechtshandeling waarbij de inschrijver toetreedt tot een welbepaald instituut. Partijen zouden volgens deze opvatting louter beschikken over de vrijheid om al dan niet toe te treden tot dit instituut. Anders dan bij een meerzijdige rechtshandeling, waarin de partijen vrij hun onderlinge rechtsbetrekkingen regelen, is er dus een veel geringere rol toebedeeld aan de wilsautonomie. De inschrijving op een kapitaalverhoging is bijgevolg niets meer dan een aanvaarding van een reeds op voorhand vastgesteld kader van normen en rechtsgevolgen<sup>(6)</sup>. Deze minderheidsvisie werd nog bevestigd door een arrest van het hof van beroep te Luik waarin het hof oordeelde dat de vereiste voorafgaande goedkeuring door de raad van bestuur geenszins tot gevolg heeft dat de inschrijving wordt omgezet in een wederkerige overeenkomst<sup>(7)</sup>.

**5. Wilsgebreken** - Vermits op een overeenkomst de gemeenrechtelijke geldigheidsvereisten van toepassing zijn<sup>(8)</sup>, kan de toestemming van de inschrijver zijn aangetast door een welbepaald wilsgebrek. Het voorhanden zijn van een dergelijk wilsgebrek betekent dat de wilsuiting werd gevormd onder invloed van een foutieve voorstelling van zaken. Het wilsgebrek verwijst dan niet naar een gebrek in de zaak, maar naar de aantasting van de toestemming van de inschrijver<sup>(9)</sup>.

Ter zake voerden de eisers aan dat er sprake was van bedrog, minstens van verschoonbare dwaling, naar aanleiding van de kapitaalverhoging. Het hof acht het bedrog niet bewezen daar het business plan geen misleidende bepalingen bevatte en er geen sprake was van bewust verkeerd verstrekte informatie. Wat de dwaling betreft, stelt het hof dat, ook al wordt aangenomen dat de inhoud van het business plan van doorslaggevende betekenis is geweest, er geen dwaling te bespeuren valt.

**6. Verenigbaarheid met het onvoorwaardelijk karakter van de inbreng** - Artikel 441 W.Venn. stelt dat het maatschappelijk kapitaal volledig en onvoorwaardelijk geplaatst moet zijn. Een inbrengverbintenis mag derhalve niet afhankelijk worden gemaakt van een opschortende of ontbindende voorwaarde<sup>(10)</sup>. In deze lijn weigert de rechtbank van koophandel te Bergen dan ook te onderzoeken of een inbreng in een kapitaalverhoging vatbaar is voor nietigverklaring wegens dwaling<sup>(11)</sup>. Een zodanige benadering is zonder enige twijfel onjuist, temeer daar de leer van de wilsgebreken van dwingend recht is<sup>(12)</sup>. Het kapitaal wordt in een dergelijk geval beschermd door de bestuurdersaansprakelijkheid van artikel 610, 1° W.Venn.<sup>(13)</sup>.

## II. Alarmbelprocedure : variaties op het causale verband

**7. Context** - NV AIP, met de heer V. als gedelegeerd bestuurder, wordt in het tussenarrest verplicht om tal van bewijsstukken te overhandigen in het licht van het onderzoek naar de naleving van artikel 633 W.Venn. Deze bepaling verplicht het bestuursorgaan binnen een termijn van twee maanden een algemene vergadering bijeen te roepen indien ten gevolge van geleden verliezen het nettoactief van de NV is gedaald beneden de helft resp. een vierde van het maatschappelijk kapitaal. In dergelijke gevallen dient de algemene vergadering te beraadslagen en te beslissen over de eventuele ontbinding van de NV volgens de regels van een statutenwijziging resp. met goedkeuring van een vierde van de stemmen<sup>(14)</sup>. Daarnaast dient de raad van bestuur tevens een bijzonder verslag op te stellen waarin hij een uiteenzetting geeft van de mogelijke financiële herstelmaatregelen of waarin hij de ontbinding van de vennootschap aanbeveelt<sup>(15)</sup>.

Omdat het geen sinecure is om het oorzakelijk verband te bewijzen tussen de laattijdige bijeenroeping en de schade die hieruit voortvloeit, heeft de wetgever een wettelijk causaliteitsvermoeden ingevoerd bij wet van 5 december 1984<sup>(16)</sup>, dat is opgenomen in artikel 633, lid 5 W.Venn. : “*Is de algemene vergadering niet overeenkomstig dit artikel bijeengeroepen, dan wordt de door derden geleden schade, behoudens*

6. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1976, 205, nr. 301 e.v.; T. TILQUIN, “La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Evolutions récentes”, *TBH* 1993, 5; voor een heldere en uitgebreide uiteenzetting van deze opvatting zie : K. GEENS en M. WYCKAERT, m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De Vennootschap - Algemeen deel*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 95-98, nr. 50.  
7. Luik 14 oktober 2002, *TRV* 2003, 303.  
8. K. GEENS en M. WYCKAERT, m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De Vennootschap - Algemeen deel*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 100-104, nr. 53.  
9. R. TAS en M. WAUTERS, “De overdracht van aandelen : een contract over aandelen met garanties inzake de vennootschap” in K. GEENS (ed.), *Themis - Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, die Keure, 2002, 33, nr. 12; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER, S. COOLS m.m.v. F. JENNÉ en A. STEENO, “Overzicht van rechtspraak - vennootschappen (1999-2010)”, *TPR* 2012, 455, nr. 402.

10. Artikel 216 W.Venn. (BVBA), artikel 393 W.Venn. (CVBA) en artikel 441 W.Venn. (NV).  
11. Het feit dat een inschrijving op een kapitaalverhoging kan zijn aangeast door een wilsgebrek, zou immers als gevolg kunnen hebben dat de inschrijving nietig wordt verklaard en het onderpand van de schuldeisers wordt uitgehold.  
12. W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 116.  
13. Artikel 314, 1° W.Venn. (BVBA) en artikel 424, 1° W.Venn. (CVBA); Kh. Bergen 7 december 1994, *JDSC* 2009, 45; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER, S. COOLS m.m.v. F. JENNÉ en A. STEENO, “Overzicht van rechtspraak - vennootschappen (1999-2010)”, *TPR* 2012, 455, nr. 402.  
14. Deze procedure is van dwingend recht (Gent 25 juni 2007, *TRV* 2008, 587) en vormt een resultaatsverbintenis in hoofde van de bestuurders (K. MARESCAU, “De alarmbelprocedure : een gewaarschuwd bestuurder...”, *TRV* 2008, 565, nr. 3).  
15. Artikel 633, lid 2 en 3 W.Venn.  
16. Wet van 5 december 1984 tot wijziging van de wetten op de handelsvennootschappen (*BS* 5 december 1984).



*tegenbewijs, geacht uit het ontbreken van de bijeenroeping voort te vloeien.”*

Eisers spreken de heer V. aan wegens niet-naleving van de alarmbelprocedure. Via deze, weliswaar aan de nietigverklaring ondergeschikte, weg trachten zij eveneens de terugbetaling van hun inbreng te bekomen. Hieronder overlopen we dan ook een aantal mogelijkheden.

**8. Er is geen bijzonder verslag en/of er vindt geen algemene vergadering plaats binnen twee maanden na de vaststelling** - Ingeval de raad van bestuur geen bijzonder verslag heeft opgesteld en/of er geen algemene vergadering heeft plaatsgevonden binnen een termijn van twee maanden, wordt de door derden geleden schade, behoudens tegenbewijs, geacht uit het ontbreken daarvan voort te vloeien<sup>(17)</sup>.

De opmaak van het bijzonder verslag is een substantiële vormvereiste<sup>(18)</sup>. Het ontbreken van het bijzonder verslag heeft derhalve de vernietigbaarheid van de beslissing van de algemene vergadering tot gevolg<sup>(19)</sup>. Wordt er echter een onvolledig, onprecies of onjuist bijzonder verslag neergelegd, dan moeten de eisers de impact op de besluitvorming bewijzen, willen zij de nietigheid van het besluit van de algemene vergadering bekomen<sup>(20)</sup>. Behoudens het geval van bedrieglijk opzet<sup>(21)</sup>, moeten eisers aantonen dat de meerderheid anders zou hebben beslist indien deze tijdig over de juiste en relevante informatie had beschikt. Indien eisers aantonen dat de bestuurders onjuiste gegevens met een bedrieglijk opzet in het bijzonder verslag hebben geïmplementeerd, behoren zij de impact op de beslissing van de algemene vergadering niet te bewijzen<sup>(22)</sup>.

Beide vereisten, de opstelling van een bijzonder verslag en de bijeenroeping van een algemene vergadering, zijn cumulatief en tot op zekere hoogte ook kwalitatief<sup>(23)</sup>. De raad van bestuur behoort het bijzonder verslag met de nodige zorg en ernst op te stellen aangezien een al te summier verslag wordt gelijkgesteld met het ontbreken daarvan<sup>(24)</sup>. Over de aard van de maatregelen en hun reikwijdte behoudt

de wetgever echter het stilzwijgen. Niettemin behoren de maatregelen mijns inziens minstens uitvoerbaar en realistisch te zijn, wil het bestuursorgaan zijn aansprakelijkheid niet in het gedrang brengen op grond van gewone bestuursfouten. Het bestuur beschikt bijgevolg over een discretionaire bevoegdheid die het steeds met de nodige omzichtigheid dient in te vullen<sup>(25)</sup>.

**9. Weerlegging causaliteitsvermoeden door bewijs dat algemene vergadering, indien ze toch was samengeroepen, niet tot de ontbinding zou hebben beslist** - Indien het bestuursorgaan in een welbepaald boekjaar heeft nagelaten te handelen conform de alarmbelprocedure, rijst de vraag of het causaliteitsvermoeden alsnog kan worden weerlegd door aan te tonen dat de algemene vergadering, wanneer ze zou zijn samengeroepen, niet tot de ontbinding zou hebben besloten. Dit was, en is nog steeds, voorwerp van discussie in de rechtsleer en rechtspraak.

Een eerste strekking stelt dat het principieel niet mogelijk is voor de bestuurders om het causaliteitsvermoeden te weerleggen door aan te tonen dat de algemene vergadering niet tot de ontbinding zou hebben beslist<sup>(26)</sup>. In een arrest van 27 juni 2008 sloot het Hof van Cassatie zich aan bij deze strenge visie<sup>(27)</sup>. Het Hof verwierp de argumentatie dat uit de beslissing tot voortzetting, genomen door een laattijdig samengeroepen algemene vergadering, kon worden afgeleid dat een tijdig bijeengeroepen algemene vergadering in dezelfde lijn zou hebben beslist<sup>(28)</sup>. Het feit dat bestuurders en aandeelhouders dezelfde personen zijn, volstaat in deze strenge visie evenmin om het causaliteitsvermoeden te weerleggen<sup>(29)</sup>.

Een tweede strekking is iets genuanceerder van aard<sup>(30)</sup>. Deze visie stelt terecht dat het tegenbewijs principieel mogelijk moet blijven daar de wetgever enkel de bewijslast wilde wijzigen en niet de materiële regels inzake causaliteit<sup>(31)</sup>. GEENS en VANANROYE, voorstanders van deze tweede strekking, zijn zich echter wel bewust van het feit dat het niet eenvoudig zal zijn dit tegenbewijs te leveren *“omdat het concrete stembedrag van aandeelhouders geconfronteerd met*

17. Artikel 633, lid 3 en 5 W.Venn.

18. Brussel 22 december 2005, *TBH* 2006, 846.

19. Artikel 633, lid 3 W.Venn.; artikel 64, 5° W.Venn.; Brussel 22 december 2005, *TBH* 2006, 846; Antwerpen 9 november 2006, *TRV* 2007, 139.

20. Artikel 64, 1° W.Venn.; B. TILLEMANS, *De geldigheid van besluiten van de algemene vergadering*, Kalmthout, Biblo, 1994, 56, nr. 29; C. VAN SANTVLIET, “Artikel 103 van de vennootschappenwet (de alarmbelprocedure) : een stand van zaken”, *TBH* 1997, 601-602; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 107, nr. 123.

21. Artikel 64, 2° W.Venn.

22. Artikel 64, 3° W.Venn.

23. Artikel 633, lid 3 en 5 W.Venn.; Brussel 22 december 2005, *TBH* 2006, 846; Antwerpen 9 november 2006, *TRV* 2007, 139.

24. Brussel 22 december 2005, *TBH* 2006, 846.

25. Bergen 17 november 1997, *TBH* 1999, 31; C. VAN SANTVLIET, “Verschillende aspecten van de alarmbelprocedure (artikel 103 Vennootschappenwet)”, *TBH* 1999, 33, nr. 4.

26. Brussel 15 november 2007, *JLMB* 2009, 305; Kh. Charleroi 11 oktober 1995, *JLMB* 1997, 644.

27. K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER, S. COOLS m.m.v. F. JENNÉ en A. STEENO, “Overzicht van rechtspraak - vennootschappen (1999-2010)”, *TPR* 2012, 315, nr. 253.

28. Cass. 27 juni 2008, *TRV* 2008, 576, noot K. MARESCAU, “De alarmbelprocedure : een gewaarschuwd bestuurder...”.

29. R. TAS, *Winstuïtkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, reeks Jan Ronse Instituut voor Vennootschapsrecht, 16, Kalmthout, Biblo, 2003, 599, nr. 882.

30. Gent 17 oktober 2001, *TBH* 2002, 703; Gent 23 april 2007, *TRV* 2008, 584; Gent 14 mei 2007, *TRV* 2008, 591; K. GEENS en J. VANANROYE, “Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA” in K. GEENS (ed.) *Themis - Vennootschaps-financieel recht*, Brugge, die Keure, 2002, 20, nr. 35; M. WYCKAERT en F. PARREIN, “Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuursaansprakelijkheid?” in K. GEENS (ed.) *Themis - Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, die Keure, 2011, 13, nr. 21-22.

31. K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER, S. COOLS m.m.v. F. JENNÉ en A. STEENO, “Overzicht van rechtspraak - vennootschappen (1999-2010)”, *TPR* 2012, 315, nr. 253.

*andere aandeelhouders binnen het kader van het sérieux van een alarmbelprocedure niet noodzakelijk hetzelfde zal zijn als hun mening buiten een vergadering over het voortbestaan van de onderneming*"<sup>(32)</sup>. Dit zou dan weer wel denkbaar zijn in een groepscontext.

Ter volledigheid valt er op te merken dat de bestuurders het causaliteitsvermoeden wel kunnen weerleggen door het bewijs te leveren dat de schade werd aangericht door feiten of beslissingen van vóór de periode dat de algemene vergadering moest worden samengeroepen. Een typisch voorbeeld hiervan is het zogenaamde 'sociaal passief', dit zijn de schulden t.a.v. het personeel die ontstaan naar aanleiding van de sluiting van de onderneming<sup>(33)</sup>. Ook kan het tegenbewijs worden geleverd door aan te tonen dat het passief niet fundamenteel is aangegroeid en het actief niet wezenlijk is afgenomen gedurende het verdere bestaan van de vennootschap<sup>(34)</sup>. Zo oordeelde de rechtbank van koophandel te Bergen dat een schuldeiser geen schade heeft geleden door de alarmbelprocedure niet toe te passen wanneer op de dag dat de algemene vergadering dient te worden bijeengeroepen, het creditsaldo vijf miljoen BEF bedraagt en dit op het ogenblik van de daadwerkelijke ontbinding slechts drie miljoen BEF telt<sup>(35)</sup>.

**10. Het nettoactief blijft de volgende boekjaren afnemen, ondanks een eerste toepassing van de alarmbelprocedure** - De bepalingen nopens artikel 633 W.Venn. leggen geen doorlopende verplichting op om de alarmbelprocedure toe te passen. Slechts wanneer één van beide drempels wordt overschreden, moet er eenmalig toepassing worden gemaakt van de alarmbelprocedure. De al dan niet toepassing van de alarmbelprocedure hangt aldus niet af van de effectiviteit van het herstelplan en moet niet worden herhaald. Slechts wanneer de tweede drempel wordt overschreden, moet de algemene vergadering opnieuw worden bijeengeroepen<sup>(36)</sup>.

VANDEBOGAERDE en TAS nuanceren deze stelling. VANDENBOGAERDE poneert dat de eenmaligheid van de verplichting met zich brengt dat de procedure niet moet worden overgedaan wanneer ten gevolge van een *tijdelijke* verbetering het nettoactief terug boven de helft van het maatschappelijk kapitaal klimt, doch enkele maanden later opnieuw onder die drempel zakt. TAS stelt dat de *pertinentie* van de

voorgestelde maatregelen moet worden onderzocht. Slechts wanneer deze maatregelen nog steeds even doeltreffend zijn in het licht van de vastgestelde verliezen, kunnen de bestuurders verzaken aan hun plicht om opnieuw een algemene vergadering samen te roepen.

Wanneer er sprake is van een dergelijke *botsbal-situatie* primeert mijns inziens de pragmatische visie van TAS. Voor zover de maatregelen afdoende blijven om de economisch moeilijke situatie te overwinnen, zal het bestuursorgaan de algemene vergadering niet hoeven samen te roepen. Het bestuursorgaan behoort echter wel nauwgezet de pertinentie van de voorgestelde maatregelen op te volgen. Treden zij deze voorwaarde met de voeten dan lopen zij het risico alsnog te worden aangesproken op basis van de alarmbelprocedure.

**11. De alarmbelprocedure wordt niet toegepast gedurende de periode dat het nettoactief is gedaald beneden de helft van het kapitaal** - Bestuurders blijven onderworpen aan de verplichting om de algemene vergadering bijeen te roepen zolang het nettoactief onder de overschreden drempel blijft. Het feit dat de termijn van twee maanden reeds is verstreken, doet hieraan geen afbreuk. Het belang hiervan schuilt in de regel dat bij voortdurende verplichtingen de verjaringstermijn pas aanvangt vanaf het moment dat de bestuurder zijn mandaat heeft beëindigd of vanaf het moment dat er niet langer is voldaan aan de voorwaarden van de alarmbelprocedure<sup>(37)</sup>. De verplichting om een algemene vergadering bijeen te roepen blijft dus op de bestuurders rusten tot aan het faillissement, hun overlijden<sup>(38)</sup> of ontslag<sup>(39)</sup>. Dergelijke gebeurtenissen vormen het vertrekpunt van de vijfjarige verjaringstermijn van artikel 198, § 1, streep 4 W.Venn. Een andere benadering zou erop neerkomen dat de wettelijke verantwoordelijkheden komen te vervallen zodra de termijn van twee maanden is verstreken<sup>(40)</sup>.

### III. Vernietigbaarheid beslissing algemene vergadering

**12. Situering** - Wat blijkbaar niet werd opgeworpen door de eisers, is de vordering tot nietigverklaring van de buitengewone algemene vergadering hoewel

32. K. GEENS en J. VANANROYE, "Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA" in K. GEENS (ed.), *Themis - Vennootschaps-financieel recht*, Brugge, die Keure, 2002, 20, nr. 35.

33. Verslag Pede, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 390/2, 48, laatste alinea; Brussel 15 november 2007, *JLMB* 2009, 305; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 112-113, nr. 128; M. WYCKAERT en F. PARREIN, "Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuursaansprakelijkheid?" in K. GEENS (ed.) *Themis - Vennootschaps- en financieel recht*, Brugge, die Keure, 2011, 13, nr. 21.

34. Gent 24 oktober 2005, *TRV* 2005, 473; K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER, S. COOLS m.m.v. F. JENNÉ en A. STEENO, "Overzicht van rechtspraak - vennootschappen (1999-2010)", *TPR* 2012, 314, nr. 252.

35. Kh. Bergen 9 maart 2006, *JDSC* 2006, 139.

36. Brussel 4 december 2008, *TBH* 2009, 960; Kh. Ieper 21 oktober 2002, *TRV* 2004, 730; C. DEBRULLE, "La responsabilité des administrateurs en cas de perte grave" in *Het gewijzigd vennootschapsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 109, nr. 5.1; R. TAS, *Winstuitering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, reeks Jan Ronse Instituut voor Vennootschapsrecht, 16, Kalmthout, Biblo, 2003, 548, nr. 807; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 105, nr. 121.

37. K. MARESCEAU, "De alarmbelprocedure : een gewaarschuwd bestuurder...", *TRV* 2008, 570, nr. 12; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 106, nr. 122.

38. Gent 23 april 2007, *TRV* 2008, 585; Kh. Ieper 21 oktober 2002, *TRV* 2004, 730.

39. Gent 15 maart 2000, *TRV* 2001, 500.

40. Gent 23 april 2007, *TRV* 2008, 585.

de verslagen bedoeld in artikel 633, lid 2 W.Venn. ontbreken en zij dit dus hadden kunnen doen. Via deze weg zou de beslissing tot verderzetting van de vennootschap ongedaan kunnen worden gemaakt en zou er een nieuwe stemming over de toekomst van de vennootschap kunnen plaatsvinden. Wanneer er dan wordt beslist de vennootschap toch te ontbinden, krijgen alle aandeelhouders hun deel van het actief terug, voor zover er natuurlijk nog een batig saldo overblijft. Dat is dan allicht ook de reden waarom deze piste niet werd bewandeld : er zou naar alle waarschijnlijkheid weinig tot niets te verdelen zijn.

**13. Invloed op de besluitvorming en bedrog** - Een besluit van een algemene vergadering is vernietigbaar wanneer één van de limitatief in het wetboek omschreven nietigheidsgronden zich voordoet. *In casu* zijn enkel de bepalingen van artikel 64, 1°, 2° en 5° W.Venn. relevant.

Artikel 64, 1° en 2° W.Venn. sommen de nietigheidsgronden wegens vormgebreken op. In essentie komen beide normen neer op de miskenning van de oproepingsregels voor een algemene vergadering, enerzijds, en de onregelmatige uitsluiting van een aandeelhouder uit de algemene vergadering, anderzijds. Daarenboven is het ook mogelijk deze nietigheidsgronden in te roepen wanneer er verslagen ontbreken of wanneer de verslagen, al dan niet voorgeschreven op straffe van nietigheid, onvolledig, onjuist of op zijn minst bekritiseerbaar zijn<sup>(41)</sup>.

De vormgebreken leiden slechts tot nietigheid ingeval eisers-belanghebbenden aantonen dat deze het genomen besluit hebben beïnvloed. *De facto* komt dit erop neer dat de eiser-belanghebbende hard maakt dat zonder de begane onregelmatigheid, de algemene vergadering een andere beslissing zou hebben genomen. Het besluitvormingsproces is immers niet louter het resultaat van een stemming, maar tevens het resultaat van discussie en overleg. De zogenaamde 'theorie van het rekensommetje' wordt dan ook afgezworen sinds het cassatiearrest van 4 april 1975, en terecht vervangen door een appreciatieve opvatting<sup>(42)</sup>.

In geval van bedrieglijk opzet brengt een schending van de regels betreffende de werkwijze van de algemene vergadering steeds de nietigheid van het besluit teweeg. De eiser-belanghebbende behoort de concrete invloed op de besluitvorming dan niet aan te tonen<sup>(43)</sup>.

**14. Ontbreken van verslagen** - Artikel 64, 5° W.Venn. vormt de brug naar talloze specifieke nietigheidsgronden die zijn opgenomen in het Wetboek van vennootschappen. Het betreft hier veelal verslaggevingsverplichtingen van het bestuursorgaan en/of de commissaris<sup>(44)</sup> in de aanloop naar een algemene vergadering. Indien deze verslagen niet worden opgesteld, is de rechter verplicht de nietigheid van de genomen besluiten uit te spreken<sup>(45)</sup>.

Artikel 633, lid 3 W.Venn. valt binnen het toepassingsgebied van artikel 64, 5° W.Venn. Bij gebreke van enig bijzonder verslag is de beslissing van de algemene vergadering in het kader van de alarmbelprocedure nietig. De algemene vergadering wordt dan ook geacht nooit te zijn bijeengeroepen<sup>(46)</sup>.

**15. Vervaltermijn van zes maanden** - De eiser-belanghebbende behoort de vordering in nietigverklaring van een besluit van de algemene vergadering in te stellen binnen een termijn van zes maanden te rekenen van de dag waarop de besluiten kunnen worden tegengeworpen, dan wel dat hij er kennis van kreeg. Er is hier dan ook sprake van een vervaltermijn. De zes maanden beginnen onmiddellijk te lopen en zijn in beginsel niet vatbaar voor stuiting of schorsing<sup>(47)</sup>.

**16. De gevolgen van de nietigverklaring** - De gevolgen van een dergelijke nietigverklaring kunnen zeer verregaand zijn. Derden te goeder trouw, die volledig vreemd zijn aan de succesvol ingeroepen nietigheidsgrond, dreigen bij een dergelijke nietigverklaring hun rechten jegens de vennootschap drastisch te verliezen<sup>(48)</sup>. Dit leidt er in vele gevallen dan ook toe dat het besluit van de algemene vergadering *de facto* overeind blijft en de nietigheid ten aanzien van de eisers wordt gecompenseerd door een plaatsvervangende schadevergoeding<sup>(49)</sup>.

Willem Van Gaver<sup>(50)</sup>

41. B. TILLEMANS, "De nietigheid van besluiten van de algemene vergadering : het nieuwe art. 190bis Venn. W.", *TBH* 1994, 992; F. DE BAUW, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1996, 322, nr. 779.

42. Artikel 64, 1° W.Venn.; Cass. 4 april 1975, *RW* 1974-75, 2461; K. GEENS en M. WYCKAERT, m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De Vennootschap - Algemeen deel*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 600-602, nr. 331.

43. Artikel 64, 2° W.Venn.

44. Of van een externe revisor of accountant ingeval er geen commissaris is aangesteld.

45. K. GEENS en M. WYCKAERT, m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De Vennootschap - Algemeen deel*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 599-600, nr. 330.

46. Artikel 633, lid 3 W.Venn.; Brussel 22 december 2005, *TBH* 2006, 846.

47. Artikel 198, § 2, lid 3 W.Venn.; K. GEENS en M. WYCKAERT, m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De Vennootschap - Algemeen deel*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 620-622, nr. 348.

48. Nemen we het geval van een fusie : derden zouden contractant kunnen worden van een gefuseerde vennootschap. Als deze vennootschap nadien weer moet worden uitgesplitst omwille van een nietige beslissing van de algemene vergadering, zouden hun toekomstige contractuele rechten en plichten aan één van de (aparte) vennootschappen moeten worden toegerekend.

49. K. GEENS en M. WYCKAERT, m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De Vennootschap - Algemeen deel*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 612-614, nr. 339.

50. Assistent Jan Ronse Instituut, KU Leuven